Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.

Fünfter Band,

umfassend den Zeitraum vom 30. Juni 1859 bis 28. Februar 1861.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Sortimentsbuchhandlung.

1862.

Rec. July 25, 1901

Druck von J. D. Sauerländer.

Inhaltsverzeichniß.

*

Druckfehler:

Seite 209 in Anm. * statt Bd. III. lies Bd. II.
„ 216 Zeile 13 v. u. statt 1851 „ 1850.
„ 216 „ 12 v. u. „ 1852 „ 1851.
„ 217 „ 14 v. u. „ 1852 „ 1851.
„ 218 „ 17 v. o. „ 1852 „ 1851.
„ 226 „ 9 v. o. „ mußte „ müßte.
„ 231 „ 17 v. o. „ materielle Aufforderung lies notarielle Aufforderung.
„ 259 „ 13 v. u. „ Geffter lies Heffter.
„ 262 „ 1 v. o. „ beendigt sein muß lies beendigt gewesen sein muß.
„ 300 „ 7 v. u. „ Auflösung lies Auslösung.
„ 313 „ 16 v. u. „ bedurft lies gemacht.
„ 315 „ 9 v. u. „ VI. lies IV.
„ 322 „ 15 v. u. „ (15, 3) statt (13, 3).
„ 336 „ 10 v. u. „ zuzulassen statt zugelassen.
„ 350 „ 2 v. o. „ Abweisung statt Anweisung.
„ 409 „ 9 v. u. „ vorliegend nicht in Frage stehen statt vorliegend in Frage stehen.
„ 411 „ 10 v. o. „ Verzuge statt Vorzuge.
„ 425 „ 16 v. u. „ cedirt statt Credit.

199.

Carl B., Kläger, wider **seine 10 Geschwister,** Beklagte, die väterliche und mütterliche Erbschaft betreffend.

Vorbemerkung.

Am 22. März 1856 verstarb J. B. mit Hinterlassung eines elterlichen Testamentes vom 1. März 1847, in welchem sich u. A. folgende Bestimmungen befanden:

Art. 1. Zu meinen Erben setze ich meine sämmtlichen ehelichen Kinder ein, und wenn eines derselben mich nicht überleben sollte, dessen eheliche Nachkommenschaft.

Art. 2. Mein Sohn Carl soll jedoch wegen seines Hanges zur Verschwendung sein Erbtheil nicht eigenthümlich erwerben, sondern davon nur die lebenslängliche Nutznießung haben.

Art. 3. Da mein Sohn Carl trotz aller Bitten und Ermahnungen die an ihn gewendeten Studirkosten unbenutzt gelassen und überhaupt nicht so gewirthschaftet hat, wie er sollte, so sollen ihm die sämmtlichen Studirkosten, wie er sich hierzu, und bereits vor seinem Abgange zur Universität, schriftlich gegen mich bereit und zufrieden erklärt hat, bei der Ausmittelung seines gesammten Erbtheils, ebenso die für ihn aufgewendeten Ausrüstungskosten zur Reise nach Amerika, im Gesammtbetrage von fl. 4470, angerechnet werden.

Art. 7. Dasjenige, was mein Sohn Carl nach Art. 3 bereits im Voraus erhalten hat, soll betrachtet und behandelt werden, als ob es lediglich von seinem mütterlichen Vermögen ihm zu Theil geworden.

Art. 10. Sollte mein Sohn Carl irgend eine dieser wohlgemeinten Testamentsbestimmungen nicht anerkennen, und gerichtlich oder außergerichtlich anfechten, so setze ich ihn hiermit ausdrücklich auf sein bloßes Pflichttheil.

Vor dem Testator waren (ohne Testament) dessen Ehefrau, sowie — nach dieser — auch zwei seiner Kinder gestorben.

Carl B. focht das von seinem Vater hinterlassene Testament gegen seine Geschwister und Miterben an, und verlangte mittelst der actio familiae ercisc. den unbeschwerten Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlasse, sowie seine Intestatportion aus der mütterlichen und aus der Verlassenschaft seiner verstorbenen Geschwister. — Auf diese Klage ergingen folgende Erkenntnisse:

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 14. August 1857.

I. Die von dem Kläger behaupteten formellen Mängel des von seinem am 22. März 1856 verstorbenen Vater hinterlassenen Testaments d. d. 1. März 1847 sind überall nicht vorhanden; es erscheint vielmehr diese Urkunde, welche der Erblasser ausweislich der beigefügten notariellen Bescheinigung eigenhändig geschrieben und unterschrieben und deren Aechtheit auch der Kläger in keiner Weise bestritten hat, als ein nach den Vorschriften der Nov. 107 Cap. 1 abgefaßtes Testament des Vaters unter seinen Kindern; insbesondere verlangt

a) das erwähnte Gesetz nur überhaupt Datirung, ohne zu bestimmen, ob das Datum am Anfang oder am Ende der Urkunde stehen müsse; sind sämmtliche elf Kinder des Erblassers zu gleichen Theilen eingesetzt und es bedurfte daher eben so wenig der Auswerfung der einzelnen Portionen in Zahlen oder Buchstaben, als der Benennung der einzelnen Kinder nach ihren Vornamen, da nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst dieses ohnehin nur durchaus deutliche, unzweifelhafte und den Kindern keine Veranlassung zum Streit bietende Bestimmungen in solche Testamente aufgenommen wissen will;

c) wird die Vorschrift der Notariats-Ordnung von 1512 Art. 25 (Beyerbach, S. 1631), wonach bei Testamenten der Eltern unter

Kindern zwei rogirte Zeugen zugezogen werden sollen, nur von mündlichen Testamenten verstanden;

Thibaut, System, 8. Auflage, § 845.

Puchta, Pandekten, 8. Auflage, § 468.

Sintenis, Civilrecht, Bd. III. S. 391 seq.

Wernher, obs. for. I. 5. obs. 154.

d) wird unitas actus weder von der Nov. 107, noch sonst in den Gesetzen für das Elterntestament erfordert;

Cf. L. 26. C. fam. erc. 3. 36.

L. 21. § 3. C. de testam. 6. 23.

und endlich

kann die Bestellung von Vormündern also auch von Erbschafts- oder Fideicommiß-Curatoren in dem Elterntestament zweifellos geschehen, indem dasselbe, wenn auch der Form nach privilegirt, doch dem Wesen nach dem feierlichen Testament gleich geachtet wird und selbst eine Enterbung gültig darin geschehen kann.

Thibaut a. a. O. § 845 in fine.

Sintenis a. a. O.

Puchta a. a. O. Note a.

Wening-Ingenheim, Civilrecht, Buch V. § 127.

Souchay, Anmerk. Th. II. S. 721.

II. Die klägerischerseits behaupteten materiellen Mängel des väterlichen Testaments anlangend, kann sich

1) Kläger über die Art. 2 u. 4 desselben nicht beschweren, weil

a) dem Kläger nicht das Eigenthumsrecht an seinem Erbtheil entzogen, er vielmehr nur in der Verfügung über den ihm ungeschmälert überwiesenen Erbtheil durch Anordnung einer Verwaltung beschränkt, überdies im Art. 5 wegen dereinstiger Wiederaufhebung dieser Verwaltung Vorsorge getroffen worden ist. Der Vater war aber, soweit es sein Vermögen angeht, zu den Anordnungen des Art. 2 u. 4 unter Beobachtung der socinischen Cautel (§ 10 des Testaments) ohne Zweifel befugt, weil ja dem Kläger die Wahl zwischen der angeordneten Beschränkung seines vollen väterlichen Erbtheils und der Hinnahme des unbeschränkten Pflichttheils freistand, welchen Pflichttheil er hinsichtlich des väterlichen Vermögens in Folge

der Testamentsanfechtung nunmehr jedenfalls allein noch anzusprechen hat. Es behaupten nun zwar

b) die Beklagten, daß die angeordnete Verwaltung auch rücksichtlich dieses Pflichttheils fortzubestehen habe, und wollen unter Bezugnahme auf

L. 16. D. de curat. furioso et aliis dandis 27. 10.

im vorliegenden Falle die Grundsätze von der cura prodigi und der exheredatio bona mente angewendet wissen. Aber von letzterer ist hier gar keine Rede und die angeführte Gesetzstelle, sowie die Citate aus Glück's Commentar, Band 33. S. 144 seq. und Band 37. S. 432 seq., besagen nur, daß der Vater seinem verschwenderischen Sohne einen curator prodigi testamentarisch bestellen könne, welcher denn von dem Gericht zu bestätigen sei, weil man sich zu dem Vater der nöthigen Einsicht und wohlwollenden Meinung wohl versehen und eine bessere Kenntniß der Verhältnisse von ihm erwarten dürfe, als dem Gericht in solchen Fällen beiwohnen könne. Nun hat aber der Erblasser keine cura prodigi, sondern nur eine Erbtheilsverwaltung angeordnet, wozu ihn freilich der von ihm unterstellte und auch im Testamente erwähnte Hang seines Sohnes Carl zur Verschwendung veranlaßt haben mag; es hat ferner das Stadtgericht II. die testamentarischen Curatoren keineswegs als curatores prodigi, sondern ohne eine richterliche Cognition und Inquisition lediglich als Erbtheilsverwalter bestätigt und verpflichtet, welche Maßregel unter den obwaltenden Umständen als eine lediglich provisorische erscheint. Da sich nun der Kläger den beschränkenden Bestimmungen des Testaments nicht unterwirft, sondern es vorzieht, seinen Pflichttheil aus dem väterlichen Vermögen hinzunehmen, so fällt hiermit die angeordnete Curatel von selbst weg und der Pflichttheil muß nach bekannter gesetzlicher Vorschrift ohne irgend eine Beschwerde oder Beschränkung des Selbstverwaltungsrechts dem Kläger zu Theil werden.

Es kann aber eben so wenig

c) die testamentarische cura rücksichtlich des mütterlichen Vermögens aufrecht erhalten werden, welches dem Kläger durch den bereits im Jahr 1834 erfolgten Tod seiner Mutter quoad nudam proprietatem ab intestato anerfallen war, und worüber der überlebende Vater, dem nur der Nießbrauch daran zustand, ein Verfügungsrecht nicht hatte.

Der Kläger, welchen weder sein Vater, noch die zuständige Behörde als prodigus unter Curatel gestellt hat, könnte — selbst unter Anwendung einer hier ganz unzulässigen privatorischen Clausel — in der freien Verwaltung seines eigenen Vermögens nicht beschränkt werden, und hat daher der Art. 6 des Testaments in Wegfall zu kommen.

2) Zu der Anordnung des Art. 3 des Testaments: „daß der Kläger die Studienkosten und Kosten der Ausrüstung zur Reise nach Amerika im Gesammtbetrage von fl. 4470 in seinen Erbtheil zu conferiren habe" —

war der Erblasser berechtigt. Denn wenn auch Studienkosten, falls sie das gebührende Maß nicht übersteigen, an sich nicht zur Erbmasse zu conferiren sind,

§. 4. Reform. VI. 5.

so handelt es sich doch hier keineswegs um solche Kosten, vielmehr räumt der Kläger in der Replik selber ein, daß er vierthalb Jahre sich auf verschiedenen Universitäten zwar aufgehalten, aber nicht studirt, sondern im Gegentheil Ekel an dem Studium gehabt, übrigens in seinen vier Wänden gut gelebt habe, weshalb er denn auch sein Leben als ein gänzlich verfehltes selber bezeichnet. Der Aufwand zu solchem Treiben kann aber unter die Studienkosten nicht subsumirt werden, und auch ohne die Anordnung des Vaters wären solche excessive und übel angelegte Kosten nach § 5 der Reform. VI. 5 zur Bildung der Erbmasse zu conferiren. Gleiches gilt nach § 1 Reform. ibid. von den Ausrüstungskosten zur Reise nach Amerika und kann es bei der klaren Vorschrift der Gesetze dahin gestellt bleiben, ob, wie die Beklagten behaupten, Kläger aber vermeint, letzterer vor seinem Abgang zur Universität sich seinem Vater gegenüber zur Collation der Studienkosten noch besonders schriftlich verpflichtet habe. Ueberdies hat sich der Kläger ausweislich der von ihm anerkannten Urkunde d. d. 2. Mai 1850 der Einrechnung seines Vorempfangs von fl. 9000, der offenbar auch die Studienkosten und erwähnten Ausrüstungskosten begreift, ausdrücklich unterworfen und sind die Angaben des Klägers über die Art und Weise, wie die Unterzeichnung dieser Urkunde von ihm erlangt worden, nicht geeignet, die ohnehin nicht förmlich opponirte Einrede des Zwanges thatsächlich zu begründen.

3) Die Verfügung des Art. 7 des Testaments: „die nach Art. 3

zu conferirenden Kosten sollten als dem Kläger lediglich aus seinem mütterlichen Vermögen im Voraus zu Theil geworden betrachtet und behandelt werden" —

kann einem Anstand nicht unterliegen. Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß der Unterhalt des Sohnes zunächst nur aus dem **Ertrage** des von der verstorbenen Mutter hinterlassenen, in der Nutznießung des überlebenden Vaters verbliebenen Vermögens und bei Nichtausreichung dieses Ertrages aus dem eigenen Vermögen des Vaters ohne Angreifung der Substanz des Sonderguts des Sohnes zu bestreiten war, da dem Vater allerdings die Pflicht oblag, seinen Sohn zu erhalten und zu irgend einem Berufe zu erziehen: aber es handelt sich hier keineswegs um den gewöhnlichen Unterhalt, der dem Kläger ja seit der Mutter Tode unbestrittenermaßen zu Theil geworden und von dessen Aufrechnung überall keine Rede ist. Es handelt sich vielmehr von einem Aufwand von weit größerem Belang, von Kosten, die aus dem Ertrage des mütterlichen Vermögens offenbar nicht bestritten werden konnten, von Ausgaben, welche auch der Vater aus **seinem** Vermögen für den Sohn zu machen nicht verpflichtet war, und kann es daher keinem Zweifel unterliegen, daß die in Art. 3 des Testaments erwähnten ganz nutzlos vergeudeten Kosten dem Kläger an seinem mütterlichen Vermögen abzuziehen sind, mit anderen Worten: es ist anzunehmen, daß der Kläger **sein** Vermögen, nicht dasjenige des Vaters vergeudet hat, und daß dem Vater nicht verwehrt sein konnte, die für den Sohn gemachten nutzlosen Auslagen an dessen mütterlichem Erbtheil, rücksichtlich dessen er der Schuldner des Sohnes war, in Abrechnung zu bringen.

Was aber den übrigen, dem Kläger erst nach Errichtung des Testaments zu Theil gewordenen Vorausempfang betrifft, so hat Kläger selber eingeräumt, daß ihm im Frühjahr 1850 eine sog. Mitgift von fl. 4500 und weiter noch fl. 500 ausgehändigt worden sind. Daß der letztgedachte Betrag von fl. 500 mit 3½ pCt. zu verzinsen war, hat Kläger in der Triplik nicht weiter bestritten, vielmehr eingeräumt, und ebenso hat Kläger die Angabe der Beklagten, daß er noch weitere fl. 2600 auf seinen Erbtheil im Voraus erhalten habe, stillschweigend zugestanden. Daß auch dieser Vorausempfang von zusammen fl. 7600 zur Bildung der Erbmasse conferirt werden muß, kann sowohl

im Hinblick auf die Urkunde vom 2. Mai 1850, als nach allgemeinen Grundsätzen, da hier nicht von remuneratorischen Schenkungen die Rede ist, nicht bezweifelt und es muß auch angenommen werden, daß dieser Vorausempfang gleichfalls in den mütterlichen Erbtheil des Klägers zu imputiren ist. Denn ganz abgesehen davon, ob der Vater überhaupt die Verpflichtung hatte, seinem, eine abgesonderte Haushaltung anfangenden Sohne, welcher keineswegs den Betrieb eines Geschäfts beabsichtigte und etwa hierzu Anschaffungen nöthig hatte, eine Beihülfe zu geben, so wäre doch der Vater jedenfalls zur Leistung dieser Beihülfe nur dann verpflichtet gewesen, wenn der Sohn kein eigenes Vermögen besessen hätte, aus welchem diese Beihülfe hätte bestritten werden können.

Bender, Priv.-R. 1848. S. 82, 83 u. 90.
von Adlerflycht, Priv.-R. Th. I. S. 101.

Nachdem nun die Parteien übereinstimmen, daß der Vorausempfang des Art. 3 des Testaments und was Kläger sonst bis zum Frühjahr 1850 im Voraus erhalten, im Mai 1850 zwischen Vater und Sohn auf fl. 4000 festgesetzt, resp. ermäßigt worden, so kann nichts darauf ankommen, ob Kläger bis zu jener Zeit mehr erhalten und ob insbesondere die Berechnung, wonach jene Vorausbezahlung fl. 6722. 42 kr. betragen haben soll, richtig ist oder nicht. Denn Kläger bestreitet zwar diese Berechnung, konnte aber die Festsetzung, resp. Ermäßigung des fraglichen Vorausempfangs auf fl. 4000 nicht läugnen und eben so wenig behaupten, daß er in Wirklichkeit nicht wenigstens fl. 4000 bis zum Frühjahr 1850 im Voraus erhalten habe; auch räumt er in der Replik übereinstimmend mit der Urkunde vom 2. Mai 1850 ausdrücklich ein, daß im Mai 1850 sein Vorausempfang fl. 4000 und fl. 5000, zusammen fl. 9000 betragen habe. Es belaufen sich sonach, da noch die später erhaltenen, gleichfalls unbestrittenen fl. 2600 hinzukommen, die Conferenden zusammen auf fl. 11,600, welche nebst den seit dem 1. November 1855 rückständigen Zinsen zu $3\frac{1}{2}$ pCt. aus fl. 500 nach dem oben Ausgeführten in das mütterliche Vermögen des Klägers, und zwar nur in das mütterliche Vermögen einzurechnen sind. Ein etwa verbleibender Rückstand dieser Conferenden aber ist keineswegs bei Eruirung der väterlichen Erbmasse zur Collation zu bringen, denn der Kläger nimmt aus dem väterlichen

Vermögen nur den Pflichttheil hin, und dieser muß ihm ohne irgend welchen Abzug oder Einrechnung eines Vorausempfangs zu Theil werden, weil die Ref. IV. 3. § 8 nur die Brautgabe und Widerlage als in den Pflichttheil einzurechnen anführt und das gemeine Recht ausdrücklich vorschreibt, daß in den Pflichttheil nur die Brautgabe oder Widerlage, der Betrag einer von dem Erblasser für den Notherben angekauften militia und was letzterer mortis causa erhalten — eingerechnet werden sollte, keineswegs aber auch das, was inter vivos gegeben worden, wenn nicht dem Empfänger sofort bei der Verabfolgung der inter vivos donatio die Einrechnung in den Pflichttheil aufgegeben war,

C. 20. pr. C. de collat. 6. 20.
C. 29. C. 30. § 2. C. de inoff. testam. 3. 28.
L. 8. § 6. L. 25. pr. D. hoc. tit. 5. 2.
Glück, Commentar, Bd. 35, S. 302 seq.

nun aber beklagterseits gar nicht behauptet worden ist, daß Kläger seinen Vorausempfang von dem Vater mit dem Vorbehalte erhalten habe, denselben in den Pflichttheil einzurechnen, wonach es bei der allgemeinen Vorschrift sein Bewenden haben muß, daß der Pflichttheil ohne irgend eine Beschwerde zu verabfolgen ist. —

4) Die Angabe des Art. 8 des Testaments, daß das Einbringen der Mutter fl. 12,000 betragen habe, ist, obwohl eine einseitige Angabe des Vaters, doch so lange aufrecht zu erhalten, als der Kläger nicht seine Behauptung, daß dieses Einbringen mehr, nämlich fl. 27,000 betragen habe, beweist.

5) Da die bald nach der Mutter gestorbenen beiden Geschwister des Klägers nach der Angabe der Beklagten kein Sondervermögen hinterlassen haben, vielmehr deren Nachlässe wegen des Besitzes des überlebenden Vaters in dem mütterlichen Nachlaßvermögen inbegriffen sind und Kläger dieser Angabe nicht widersprochen hat, so bedarf es wegen dieser Nachlässe, rücksichtlich deren das Intestat-Miterbrecht des Klägers nicht bestritten ist, keiner besonderen Erörterung: vielmehr gilt in Bezug auf diese Nachlässe das oben wegen des mütterlichen Erbtheils des Klägers Bemerkte.

6) Das in Art. 9 des Testaments zu Gunsten der Geschwister des Klägers für den Fall, daß derselbe während der Dauer der Erb-

theilsverwaltung ohne eheliche Leibeserben versterben sollte, unter Beobachtung der socinischen Cautel (Art. 10) bestellte Universal-Fideicommiß beschwert den Kläger insofern nicht, als es ihm freistand, sich durch Hinnahme seines ihm aus dem väterlichen Vermögen gebührenden Pflichttheils von jener Beschwerde zu befreien, denn auf diesen Pflichttheil erstreckt sich das Fideicommiß keineswegs,

C. 6. C. ad. St. Trebell 6. 49.

Glück, Commentar, Bd. 7, S. 76 u. Bd. 35, S. 327.

und eben so wenig darf es auf den dem Kläger längst anerfallenen mütterlichen, resp. geschwisterlichen Erbtheil bezogen werden, indem auf diesen die Pönalclausel keine Anwendung finden kann.

Aus den vorgedachten Gründen wird unter Verwerfung der klägerischerseits gegen das väterliche Testament d. d. 1. März 1847 erhobenen formellen Einwendungen für Recht erkannt:

A. Kläger hat aus dem noch zu ermittelnden väterlichen Vermögen nur den Pflichttheil, diesen aber ohne irgend eine Belästigung, insbesondere ohne Restitutionsverpflichtung und ohne Einrechnung eines Vorausempfangs zu vollkommenem Eigenthum, freier Verfügung und Verwaltung zu erhalten.

B. Der noch zu ermittelnde, das hinterlassene Vermögen der beiden nach der Mutter und vor dem Vater verstorbenen Geschwister des Klägers in sich begreifende mütterliche Intestat-Erbtheil ist dem Kläger gleichfalls ohne Restitutionsverpflichtung zu vollkommenem Eigenthum, freier Verfügung und Verwaltung auszuliefern, jedoch hat Kläger an Vorausempfang fl. 11,600 und 3½ pCt. Zinsen aus fl. 500 seit dem 1. November 1855 an diesem Erbtheil sich aufrechnen zu lassen.

C. Dem Kläger wird nachgelassen, binnen 14 Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig darzuthun:

„daß das Einbringen seiner Mutter fl. 27,000 oder wie viel mehr als fl. 12,000 bis zu jener Summe betragen habe,"

und kann sich Kläger zur Erbringung dieses Beweises, soweit er damit auslangen kann, der Acten des früheren Curatelamts: B. Vergünstigung betreffend de 1842, insbesondere der darin enthaltenen Erklärung des Vaters vom 6. December 1842 mitbedienen.

D. Wird die in dem väterlichen Testament vom 1. März 1847 angeordnete und vom Stadtgericht II. provisorisch bestätigte Verwaltung des Carl B.'schen Erbtheils hiermit wieder aufgehoben und ist dem Stadtgericht II. mittelst Abschrift des gegenwärtigen Bescheids hiervon Kenntniß zu geben.

E. Der Kostenpunkt bleibt vorerst und bis nach Erledigung des Abschnitts C. noch ausgesetzt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. October 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

I. — — — — — — — — — — — —

II. Die zweite Beschwerde der Beklagten, insoweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß der Kläger den Pflichttheil aus dem väterlichen Vermögen

ohne irgend eine Belästigung, insbesondere ohne Restitutionsverpflichtung zu vollkommenem Eigenthum, freier Verfügung und Verwaltung erhalten soll,

ist gleichfalls unbegründet, weil dem Kläger sein Pflichttheil ohne irgend eine Beschwerde hinterlassen werden muß;

l. 6. pr. C. 6. 49.

l. 36. pr. § 1. C. 3. 28.

dagegen aber ist die zweite Beschwerde der Beklagten, insoweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß der Kläger den Pflichttheil aus dem väterlichen Vermögen

ohne Einrechnung eines Vorausempfangs erhalten soll,

für begründet zu erachten. Denn wenn auch nach den Bestimmungen des Römischen Rechts, insbesondere nach

C. 20. pr. C. de coll. (6. 20),

nach welcher nicht Alles in den Pflichttheil einzurechnen ist, was conferirt werden muß, sehr erhebliche Bedenken dagegen sprechen, daß dem Kläger auf seinen Pflichttheil an der väterlichen Erbschaft das aufgerechnet werde, was an Studienkosten und Kosten einer Reise nach Amerika für ihn aufgewendet worden ist, so kann doch seine Verpflichtung, sich das von ihm Empfangene zur Hälfte auf den Pflichttheil an der väterlichen

Erbschaft aufrechnen zu lassen, nach den Bestimmungen der Reformation

Th. 4. Tit. 3. § 8.

nicht mit Grund in Zweifel gezogen werden. In dem erwähnten § 8 der Reformation ist nämlich in Uebereinstimmung mit der deutschrechtlichen Gewohnheit vorgeschrieben, es sei in den Pflichttheil einzurechnen, was die Kinder zuvor aus väterlicher oder mütterlicher Nahrung hinwegbekommen haben, und wenngleich dieser allgemeinen Vorschrift der Zusatz beigefügt ist, „es sei zum Heirathgut oder Widerlegung," so kann das, namentlich in Verbindung mit

Ref. Th. 6. Tit. 5. § 1. 7.

nur als beispielsweise beigefügt erachtet werden, da diese beiden, freilich am häufigsten vorkommenden Beispiele, daß einem Kinde etwas aus dem Vermögen der Eltern zum Voraus gegeben worden ist, diejenigen Fälle in keiner Weise erschöpfen, in welchen selbst nach den strengsten Grundsätzen des Römischen Rechts die Aufrechnung eines vorher empfangenen Betrages auf den Pflichttheil stattfindet.

Mit dieser Auffassung der erwähnten Stelle der Reformation stimmen überein:

Orth, Anmerk. zur Frftr. Reform. Forts. 2. S. 310.
Souchay, Anmerk. Bd. 2. S. 753.
Bender, Handb. des Frankf. Privatr. S. 563.
Adlerflycht, Privatr. S. 529.

III. Die dritte Beschwerde stellt sich nach dem, was vorstehend unter A. 1. bemerkt worden, ebenfalls als unbegründet heraus, indem dem Vater die Befugniß nicht zustand, bei eventuell angedrohter und demnächst eingetretener Beschränkung des Sohnes auf den Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlaß irgend eine ihm nachtheilige Verfügung über dessen mütterlichen und geschwisterlichen Erbtheil zu treffen.

B. Die Appellation des Klägers und

I. die erste Beschwerde anbelangend, so hat

1) Kläger den bis zum 2. März 1850 stattgehabten Vorempfang von fl. 4500, worin die Studienkosten und die Ausrüstungskosten der Reise nach Amerika begriffen sind, anerkannt. Dieses Anerkenntniß, welches

2) von dem Kläger erst nach Errichtung des Testaments seines

Vaters auf dessen Anfordern ausgestellt worden ist, genügt aber um so mehr zur Begründung der Collationspflicht und damit, nach dem zu A. II. Bemerkten, auch zur Begründung der Verpflichtung des Klägers, sich das Empfangene auf seinen Pflichttheil aufrechnen zu lassen, als nach

Ref. Th. 6. Tit. 5. § 5.

dem Vater, auch wenn der Sohn eine Verpflichtung zur Collation nicht übernommen hätte, freigestanden haben würde, die Collation der Studienkosten zu bestimmen. Es steht aber überdies durch die von dem Kläger theils ausdrücklich, theils stillschweigend als richtig anerkannten Angaben der Beklagten fest, daß der von dem Kläger für Studienkosten und Kosten der Ausrüstung zur Reise nach Amerika empfangene Betrag von fl. 6722. 42 kr. durch die Urkunde [6] auf fl. 4000 ermäßigt worden ist, und es hat endlich der Kläger die Angabe seines Vaters, daß er sich schon am 28. April 1843, vor seinem Abgange nach Tübingen, gegen letzteren verpflichtet habe, sich seine Studienkosten anrechnen zu lassen, als richtig anerkennen müssen.

Hiernach hat Kläger die vorgedachte Summe von fl. 4500, gleich die weiter empfangenen, beziehungsweise von dem Vater für ihn ausgesetzten fl. 7100, sowie die Zinsen zu 3½ pCt. aus fl. 500 seit dem 1. November 1855 zu conferiren, und ist die dagegen erhobene Beschwerde zu verwerfen.

II. Was aber die zweite Beschwerde betrifft, so erscheint solche insoweit begründet, als sie dagegen gerichtet ist, daß Kläger sich den ganzen Vorempfang auf seinen mütterlichen Erbtheil aufrechnen zu lassen habe; denn

1) für den hier vorliegenden Fall, wo nicht bei der Verabfolgung der zu conferirenden Beträge ausgesprochen worden ist, oder überhaupt nicht constatirt, aus welchem Vermögen diese Beträge gegeben worden sind und wo überdies, wie der Erblasser selbst im § 8 seines Testaments erklärt hat und noch weiter aus dem gerichtlichen Inventar, den B.'schen Nachlaß betreffend de 1856, hervorgeht, ein ansehnliches mütterliches und väterliches inferirtes, sowie errungenschaftliches Vermögen vorhanden, ist das Vorausempfangene als zur einen Hälfte aus dem ererbten mütterlichen und zur anderen Hälfte aus dem väterlichen Vermögen entnommenen zu betrachten,

Orth, Anmerk. 2. Forts. S. 634 bis 637.

Adlerflycht, Privatr. § 67.

Bender, Handb. des Frkf. Privatr. § 32. S. 90 u. f.

Souchay, Anm. zur Reform. Bd. 2. S. 1027.

und daher der mehrgedachte klägerische Vorempfang gleich dem seiner übrigen Geschwister und Miterben zur einen Hälfte in den mütterlichen und zur anderen Hälfte in den väterlichen Nachlaß zu conferiren, jedoch hat Kläger

2) nach dem, was vorstehend unter A. II. ausgeführt worden, sich diese letzte Hälfte auf seinen Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlaß aufrechnen zu lassen.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

A. das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 14. August 1857 wird im Uebrigen bestätigt und nur dahin abgeändert, daß

I. der Abschnitt a. zu lauten hat:

Kläger hat

a) die Hälfte des Vorempfangs von fl. 11,600 nebst $3\frac{1}{2}$ pCt. Zinsen aus fl. 500 seit dem 1. November 1855 in den väterlichen Nachlaß zu conferiren;

b) auf den aus diesem noch zu ermittelnden väterlichen Nachlaß hervorgehenden, ihm gebührenden Pflichttheil sich die Hälfte des oben erwähnten Vorempfangs aufrechnen zu lassen, und

c) den nach Abzug dieses Vorempfangs etwa noch übrig bleibenden Betrag dieses Pflichttheils ohne Restitutionsverpflichtung zu vollkommenem Eigenthum, sowie zur freien Verfügung und Verwaltung zu erhalten, und daß

II. in dem Abschnitt B. statt der Worte: „an Vorausempfang" die Worte: „die Hälfte des Vorausempfangs von"

zu setzen sind.

B. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1859.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

„daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu erachten und in der Sache selbst

das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 26. October 1857, wie hiermit geschieht, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, zwar im Uebrigen zu bestätigen, das Decisum unter A. I. a. und b. jedoch dahin abzuändern sei, daß Kläger nur die Hälfte von fl. 5000 nebst Zinsen zu 3½ pCt. aus fl. 500 seit dem 1. November 1855 auf den aus dem väterlichen Nachlaß ihm gebührenden Pflichttheil sich anrechnen zu lassen habe."

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Die vorliegenden Beschwerden beziehen sich lediglich auf die Frage: ob und in welchem Maße Kläger schuldig sei, die nachfolgenden Posten auf sein mütterliches Vermögen, resp. den aus dem väterlichen Nachlasse ihm gebührenden Pflichttheil sich anrechnen zu lassen.

I. Die Studir- und Auswanderungskosten, deren Gesammtbelauf im Frühjahr 1850 von einem höheren Betrage, in welchem sie vom Vater berechnet waren, auf die Summe von fl. 4000 übereinkunftsmäßig herabgesetzt worden ist.

II. Weitere fl. 7600 — nämlich

A. fl. 500 — welche Kläger bei Gelegenheit der unter I. erwähnten Uebereinkunft zum Zwecke der Bezahlung von Schulden erhalten hat.

B. Die „Mitgift" von fl. 4500 — welche dem Kläger im Frühjahr 1850 ausbezahlt worden ist.

C. fl. 2600 — welche Kläger in verschiedenen Beträgen, nämlich:

1) im December 1850 . . . fl. 1000,
2) am 1. Mai 1853 . . . . „ 150,
3) am 22. November 1857 . . „ 1450,

empfangen hat.

Die Posten unter I. und II. A. B. bilden zusammen die fl. 9000, auf welche die Erklärung des Klägers vom 2. Mai 1850 in Stadtgerichts-Acten [6] sich bezieht. Die in dieser Urkunde zuerst erwähnten

fl. 4500 bestehen aus den Posten I. und II. A. Wenn Kläger in gegenwärtiger Instanz die Sache so auffaßt, als wären diese fl. 4500 lediglich die Studir- und Auswanderungskosten, und diese erst später auf fl. 4000 herabgesetzt worden: so ist dies ein Irrthum, der in der eigenen thatsächlichen Darstellung des Klägers in erster Instanz, ebenso wie in der jetzt von ihm gegebenen Zusammenstellung der einzelnen in Betracht kommenden Posten seine Widerlegung findet.

Ad I. Anlangend die Studir- und Auswanderungskosten, so hatte das Stadtgericht ausgesprochen, daß Kläger sich dieselben auf seinen mütterlichen Intestat-Erbtheil, aber auch nur auf diesen, anrechnen lassen müsse, wogegen das Appellationsgericht Aufrechnung zur Hälfte auf die mütterliche Erbportion, die Hälfte auf den Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlasse verfügt hat. Kläger will sich diese Kosten gar nicht (grav. I.), eventuell wenigstens nicht die zweite Hälfte auf den Pflichttheil anrechnen lassen (grav. II.); wogegen Beklagte für den Fall, daß diesem eventuellen Verlangen zu deferiren sein sollte, fordern, daß auch die zweite Hälfte auf das mütterliche Vermögen, und sofern dieses nicht ausreichen würde, wenigstens der ungedeckte Rest auf den Pflichttheil aus dem väterlichen Theil in Aufrechnung komme (grav. adh.). Die Zulässigkeit dieser Adhäsionsbeschwerde in ihrem ganzen Umfange ist, ungeachtet der vom Kläger dagegen erhobenen Einwendungen, nicht zu bezweifeln und kommt es daher auf die materielle Beurtheilung der beiderseitigen Intentionen an.

A. Hätte Kläger, wie von der mütterlichen, so auch von der väterlichen Erbschaft den vollen ab intestato ihm gebührenden und auch im väterlichen Testamente principaliter ihm zugedachten Kindestheil erhalten, so würde die ganze Frage durch seine Erklärung vom 2. Mai 1856 in den Stadtgerichts-Acten [6]: „er könne es geschehen lassen, daß ihm fl. 9000 (worunter, wie oben gezeigt ist, fl. 4000 für Studir- und Auswanderungskosten) bei der einstigen Erbtheilung angerechnet werden“, ihre Erledigung finden. Unter dieser „dereinstigen Erbtheilung“ kann nur die Theilung des gesammten väterlichen und mütterlichen Vermögens verstanden werden, welches vermöge des Besitzes bis zum Tode des Vaters ungetheilt in dessen Besitz blieb. Zu einer Scheidung der beiden Massen lag, wenn Alles seinen regelmäßigen Gang ging — da die Kinder gleichmäßig Erben des Vaters

und der Mutter wurden —, kein Anlaß vor, und man darf annehmen, daß an eine solche Scheidung zunächst nicht gedacht, sondern vom Kläger einfach die Aufrechnung der fl. 9000 auf den aus der Gesammtmasse ihm zukommenden Antheil zugestanden worden ist. Diese dem Vater gegenüber abgegebene und von demselben durch Annahme des Scheins acceptirte Erklärung des Klägers trägt alle Erfordernisse einer vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung an sich und es liegt kein Grund vor, warum sie nicht wirksam sein sollte. Denn wenn es auch

1) nicht die künftigen Miterben selbst sind, denen der Kläger das fragliche Versprechen gemacht, so kann doch schon nach Römischem Rechte der Vater zum Besten seiner Kinder, als seiner künftigen Erben, wirksam paciscиren.

2) Es handelt sich auch, so weit die väterliche Erbschaft in Frage steht, nicht um einen Erbvertrag, insbesondere Erbverzicht, dessen Gültigkeit nach Frankfurtischem Rechte allerdings bezweifelt wird,

Bender, Handbuch des Frankfurter Privatr. § 135.

sondern um eine Uebereinkunft darüber, wie, wenn Kläger Erbe werde, dessen Erbportion zu berechnen sei. Daß ein solcher Vertrag, so weit er nicht das Pflichttheilsrecht verletzt (wovon unter B.), gültig sei, läßt sich a contrario aus L. 35. § 1. C. de inoff. testam. (3. 28) folgern und ist auch sonst mit Grund nicht zu bezweifeln.

Wening-Ingenheim, Civilr. Buch V. § 183. 3. Aufl. II. S. 313. sub 2.

3) Was Kläger über das Zustandekommen des fraglichen Scheins vorgebracht hat, ist in keiner Weise geeignet, eine exceptio doli oder vis et metus gegen den durch die Unterschreibung jener Urkunde vollzogenen Vertrag zu begründen.

B. Es fragt sich: was an dem vorgehenden Ergebnisse dadurch geändert wird, daß Kläger aus dem väterlichen Nachlasse nur den Pflichttheil erhält, und demzufolge eine Trennung des väterlichen und mütterlichen Vermögens erforderlich wird.

1) Unmöglich kann man annehmen: das Versprechen in [6] der Stadtgerichts-Acten habe dadurch, daß der Fall, an den man dabei zunächst gedacht, nicht eingetreten ist, ohne Weiteres seine Wirksamkeit verloren. Vielmehr muß dasselbe — da bei der Hingabe, resp. Ver-

willigung der fraglichen Gelder eine Bestimmung, daß dieselben als aus dem einen oder anderen Vermögen gegeben zu betrachten seien, nicht getroffen worden ist — zur Hälfte auf das mütterliche Vermögen, zur anderen Hälfte auf die väterliche Erbschaft bezogen werden. Eine solche Theilung hat — worauf das Appellationsgericht bereits hingewiesen — die Analogie einer entschiedenen Frankfurtischen Praxis für sich, derzufolge dann, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten, bei Vorhandensein beiderseitigen nicht allzu ungleichen Vermögens, ein Kind von dem Ueberlebenden ausgestattet worden ist, im Zweifel angenommen wird, die Ausstattung sei zur Hälfte aus dem Vermögen des verstorbenen, zur Hälfte aus demjenigen des überlebenden Ehegatten gegeben worden.

Orth, Anmerk. zur Frkfrt. Reform. 2. Fortſ. S. 634 flg.
Derselbe, Rechtshändel. IX. Th. Nro. VI. S. 862 f.
Adlerflycht, Privatrecht. § 67.
Souchay, Anmerk. zur Reform. Bd. II. S. 1027.
Bender, l. c. § 32. not. 1.

Einen Grund, die Sache anders zu behandeln, kann man auch nicht aus der Bestimmung in § 7 des väterlichen Testaments vom 2. März 1847 entnehmen, wonach das, was Kläger an Studirkosten und Auswanderungskosten für seine Reise nach Amerika bereits erhalten hat, so betrachtet und behandelt werden soll, als ob es lediglich von seinem mütterlichen Vermögen ihm zu Theil geworden. Diese einseitige Verfügung konnte für den Kläger, der sich den im Testamente ihm auferlegten Beschränkungen nicht gefügt, sondern den Pflichttheil gewählt hat, keine Verbindlichkeit erzeugen. Die Frage ist nur, ob nicht das Versprechen vom 2. Mai 1850 nach Maßgabe der älteren Testamentsvorschriften zu interpretiren, also lediglich auf das mütterliche Vermögen des Klägers zu beziehen ist. Diese Frage muß jedoch schon aus dem Grunde verneint werden, weil Kläger leugnet, daß ihm das väterliche Testament bekannt gewesen, und damit implicite auch, daß er mit Rücksicht auf § 7 desselben das fragliche Versprechen gegeben habe, und eine gegentheilige Behauptung von den Beklagten nicht mit hinlänglicher Bestimmtheit aufgestellt ist, um zu einer Beweisauflage führen zu können.

2) Aus dem Vorbemerkten folgt:

a. Kläger hat sich die Hälfte der fraglichen fl. 4000 mit fl. 2000 auf sein mütterliches Vermögen aufrechnen zu lassen, aber auch nur die Hälfte. Kommt man daher hinsichtlich der anderen Hälfte zu dem Ergebnisse, daß dieselbe in dem Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlasse nicht zu imputiren sei, so fällt deren Anrechnung überhaupt hinweg. Die erste Appellationsbeschwerde ist hiernach ebenso wie die eventuelle Adhäsionsbeschwerde, so weit sich dieselbe auf die hier in Rede stehenden fl. 4000 bezieht, unbegründet.

b. Hinsichtlich der zweiten Hälfte ist die Frage lediglich die, ob Kläger die fl. 2000, welche er, wenn er seine volle Intestat-Erbportion aus dem väterlichen Nachlasse erhalten hätte, zu conferiren gehabt haben würde, auch auf den Pflichttheil sich anrechnen lassen muß.

α. Das Versprechen vom 2. Mai 1850 in den Stadtgerichts-Acten [6] blieb hier ganz ohne Einfluß, denn dasselbe bezieht sich nicht speciell auf Einrechnung in den Pflichttheil.

β. Aus gleichem Grunde kommen die angeblichen schriftlichen Versprechen vom 28. April 1843 und 2. April 1845, die übrigens nur die Studir-, nicht die Auswanderungskosten zum Gegenstande haben sollen, und deren ersteres überdies in eine Zeit fällt, wo Kläger noch minderjährig war, nicht in Betracht. Allerdings ergibt sich aus des Klägers eigener, den Schein vom Jahre 1843 betreffenden Sachdarstellung, daß der Vater ihm die Studirkosten von Anfang an nur unter der Bedingung bewilligt hat, daß er sich dieselben (bei der Erbtheilung) verrechnen lasse, und dies würde genügen, um eine Collationspflicht in Betreff der Intestat-Erbportion zu begründen.

Puchta, Vorlesungen. II. S. 412.

Allein die väterliche Bestimmung, daß Kläger die Studirkosten zu conferiren habe, ist noch nicht die Bestimmung, welche hier allein entscheidend sein könnte: daß jene Kosten auf den Pflichttheil einzurechnen seien,

L. 25. pr. Dig. de inoff. test. (5. 29.)

L. 35. § 2. C. eod. (3. 28.)

und darf im vorliegenden Falle mit der letzteren um so weniger identificirt werden, als der Vater, wenigstens bei der ersten Verwilligung der Studirkosten, schwerlich daran gedacht hat, daß er sich demnächst bestimmt finden könnte, den Kläger auf den Pflichttheil zu beschränken.

γ. Die Verordnung in § 3 des väterlichen Testaments, sollte sie auch von derjenigen in § 7 zu trennen sein, ist — wie keiner Ausführung bedarf — der Pflichttheilsberechtigung des Klägers gegenüber ganz einflußlos.

δ. Es kommt hiernach lediglich darauf an, ob nach den Gesetzen resp. der rechtlichen Natur des fraglichen Vorausempfangs dessen Einrechnung in den Pflichttheil geboten ist.

Nach Römischem Rechte muß diese Frage verneint werden. Darnach kommt auf den Pflichttheil von dem, was inter vivos gegeben worden, nur in Computation die dos, die donatio propter nuptias, das zum Ankaufe einer militia und das mit der speciellen Bestimmung, daß es auf den Pflichttheil einzurechnen sei, Gegebene; auch wird eine Pflicht zur Imputation fernerer Objecte (namentlich einfacher Schenkungen) nicht dadurch herbeigeführt, daß andere Descendenten concurriren, die eine dos oder donatio propter nuptias einzuwerfen haben.

> Franke, Notherbenrecht S. 235 flg.
> Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glück's Commentar XXXV. S. 301 flg.
> Arndt's im Rechtslexikon VIII. S. 132 bis 133.

Daß in Frankfurt hiervon abweichende Grundsätze zur Anwendung zu bringen seien, kann nicht angenommen werden.

αα. Ein (in die dortige Reformation übergegangenes) allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, wie es die vorigen Richter unterstellen, wonach in den Pflichttheil Alles eingerechnet werden müßte, was die Kinder zuvor aus väterlicher oder mütterlicher Nahrung hinweg bekommen haben, läßt sich nicht nachweisen. Allerdings hat in Betreff der Collationspflicht früher eine communis opinio bestanden, welche es als die — mancherlei Ausnahme zulassende — Regel ansah, daß alle von dem zu beerbenden Ascendenten herrührenden Zuwendungen (s. g. profectitia) in die Erbschaft einzuwerfen seien,

> cf. Fein, das Recht der Collation. § 46. S. 250 flg., S. 256 bis 258.

und diese Ansicht hat in der Frankfurter Reformation Th. VI. Tit. 5, wenngleich, so viel die Studir- und dergleichen Kosten anlangt, mit

einer Beschränkung, welche der Bearbeiter dieses Gesetzes selbst für gemeinrechtlich begründet nicht ansah:

cf. Fichard, Consil. I. 46. Nro. 19.

Eingang gefunden. Dagegen ist die Ansicht, daß Alles, was zu conferiren, auch auf den Pflichttheil anzurechnen sei — wenngleich sie ebenfalls ihre geachteten Vertreter gehabt hat,

cf. Voet ad Pandect. V. 2. Nro. 61.

niemals dergestalt recipirt und in der Praxis befolgt gewesen, daß man ein in dieser Richtung begründetes Gewohnheitsrecht anzuerkennen oder doch bei Interpretation der Reformation ohne Weiteres von dieser Grundlage auszugehen hätte. Wie Fichard selbst in der fraglichen Beziehung gedacht, ist nicht mit Bestimmtheit zu ersehen. Doch läßt die Art, wie er den Beweis führt, daß die dos in die legitima einzurechnen sei, eher schließen, daß er von der obigen allgemeinen Regel nicht ausgeht;

Vol. II. cons. 1. Nro. 5.

und ebenso begnügen sich andere Schriftsteller, deren Ansicht zu jener Zeit besonders maßgebend war, die einzelnen in den Gesetzen begründeten Fälle, wo das inter vivos Gegebene auf den Pflichttheil angerechnet werde, aufzuzählen, ohne des Schlusses von der Collation auf die Einrechnung in den Pflichttheil Erwähnung zu thun.

Bartol in L. In quartum (L. 91). Dig. ad Leg. Falcid (35. 2).
cf. Gail, Observ. Lib. II. Obs. 91. Nro. 6.

Ließe sich aber auch nachweisen, daß die Meinung, welche einen solchen Schluß für begründet hält, die damals herrschende und von den Verfassern der Reformation getheilte gewesen, so würde diese, mit der ausdrücklichen Vorschrift in L. 20. pr. in fin. C. de collation. (6. 20) in Widerspruch stehende Ansicht für den Richter, doch nur dann verbindlich sein können, wenn sie in dem Gesetze selbst einen Ausdruck gefunden hätte.

ββ. Die Reformation schreibt da, wo sie von der Einrechnung in den Pflichttheil redet,

Th. IV. Tit. 3. § 8.

vor, daß darin gerechnet werde, „auch was die Kinder zuvor aus väterlicher Nahrung, es sei zum Heirathsgut oder Widerlegung, hinweg bekommen haben.“ — Es kommt darauf an, ob man die Worte:

„es sei zum Heirathsgut oder Widerlegung"
mit dem Appellationsgerichte nur für beispielsweise beigefügt zu erachten, oder ob man ihnen einen dispositiven Charakter einzuräumen hat. — Das Ober-Appellationsgericht mußte sich für Letzteres erklären. Die hervorgehobenen Worte wären ganz überflüssig, wenn Alles, was die Kinder aus väterlicher oder mütterlicher Nahrung hinweg bekommen, ohne Unterschied eingerechnet werden sollte. Eines Beispiels hätte es denn kaum bedurft, und auf eine bloße Exemplification weisen auch die Worte „es sei — oder", die vielmehr eine erschöpfende Gegenüberstellung einzuleiten geeignet erscheinen, gar nicht hin. Auch der Argumentation kann nicht beigetreten werden, daß die beiden hier namhaft gemachten Fälle deßhalb als blos beispielweise beigefügt angesehen werden müßten, weil sie diejenigen Fälle in keiner Weise erschöpften, in welchen selbst nach den strengsten Grundsätzen des Römischen Rechts die Aufrechnung eines vorher empfangenen Betrags auf den Pflichttheil Statt finde. Einmal können jene beiden Fälle wirklich als im Wesentlichen erschöpfend angesehen werden. Der Ankauf einer militia kommt in Deutschland nicht vor, und die specielle Willenserklärung des Vaters bei der Hingabe gehört eigentlich nicht zu denjenigen Fällen, wo die Einrechnung in den Pflichttheil vermöge des Gesetzes eintritt. Aber geht man auch davon aus, daß die Aufzählung eine unvollständige sei, so läßt sich aus der summarischen und nur auf das praktisch Wichtigste gerichteten Trennung des Gesetzes wohl die Annahme rechtfertigen, daß die anderen im Römischen Rechte begründeten Fälle der Einrechnung des inter vivos Gegebenen auf den Pflichttheil nicht haben ausgeschlossen werden sollen; man kommt aber doch immer nicht zu dem Schlusse, daß nach der Absicht des Gesetzgebers jene Einrechnung in einem viel weiteren Umfange Statt finden solle, als das Römische Recht sie angeordnet hat.

$\gamma\gamma$. Der Titel V. des VI. Theils der Reformation bezieht sich ausweislich seiner Ueberschrift und des Zusammenhanges, in dem er mit den vorausgegangenen Titeln des VI. Theils steht, nur auf den gewöhnlichen Fall der Collation. Dessen Bestimmungen auch in Beziehung auf die Imputation in den Pflichttheil zur Anwendung zu bringen, muß man um so mehr Anstand nehmen, als das Gesetz im Theil IV. Tit. 3. § 8 diesen letzteren Fall bereits beson-

ders behandelt hat. Es wäre dies nur dann gerechtfertigt, wenn irgendwo die Absicht des Gesetzgebers, daß was von der Collation, auch von der Einrechnung in den Pflichttheil gelten solle, einen Ausdruck gefunden hätte. Dies ist aber nirgends geschehen. Namentlich kann in dieser Beziehung auf § 7 des Tit. V. cit. schon deßhalb kein Gewicht gelegt werden, weil hier nur eine Bestimmung des Römischen Rechts wiederholt ist,

cf. L. 8. 9. Dig. de dot. coll. (38. 7.)

welches Recht doch jene Gleichstellung verwirft. Vielmehr läßt sich aus § 5 des erwähnten Titels eher ein Argument gegen eine solche Gleichstellung entnehmen. In der älteren Jurisprudenz war die Ansicht vorherrschend und maßgebend, daß die legitima „alimentorum loco" sei.

Gail, II. Obs. 122. Nro. 4.
Mynsinger, Obs. V. 44.
Fichard, I. 46. N. 11. 74. Nro. 5.

Diese Auffassung ist mit Einrechnung der dos und donatio propter nuptias, und würde auch mit demjenigen des subsidium paternum und selbst der Studir- und sonstigen Ausbildungskosten wohl zu vereinigen sein. Sie steht aber im Widerspruche mit der Einrechnung desjenigen, was der Vater zur Bezahlung leichtsinnig gemachter Schulden des Sohnes aufgewendet hat, und was dem Letzteren für seine zukünftige Ernährung nicht zu Gute kommt. — Wenn daher nach § 5 cit. das zur Bezahlung derartiger Schulden Hingegebene in die Erbschaft eingeworfen werden soll, so läßt dies einen Schluß darauf zu, daß die Verfasser des Gesetzes hier nur die gewöhnliche Collation, und nicht die Einrechnung in den Pflichttheil im Auge gehabt haben.

dd. Für die Ansicht, daß Alles, was nach Reformation VI. Tit. 5 in die Erbschaft eingeworfen werde, auch auf den Pflichttheil anzurechnen sei, haben sich allerdings ausgesprochen:

Orth, Anmerk. III. S. 310 z. A.

(Die hier in Bezug genommenen Ausführungen zu Th. VI. Tit. 5. § 1. — Tom. IV. S. 107 flg., enthalten über diese Frage Nichts.)

Souchay, Anmerk. S. 753.
Bender, Handb. S. 563.

Allein nach der Art, wie diese Autoren a. a. O. sich ausdrücken, muß angenommen werden, daß sie nur in Anwendung der oben unter *αα.* bereits widerlegten gemeinschaftlichen Doctrin zu dem gedachten Resultate gelangen. Von einer dieser Ansicht entsprechenden Frankfurter Praxis ist nirgends die Rede, und auch eine volle Uebereinstimmung der dortigen Schriftsteller besteht nicht, da der vom Appellationsgerichte für seine Meinung angeführte

Adlerflycht, Privatrecht, S. 529 ad not. f.

keineswegs alle Conferenden, sondern nur „die Zugift und Widerlegung" als auf den Pflichttheil einzurechnende Objecte bezeichnet.

Es mußte hiernach bei den Vorschriften des Römischen Rechts stehen geblieben werden, wonach die Imputation der auf das väterliche Vermögen fallenden Hälfte der Studir- und Auswanderungskosten in den dem Kläger gebührenden Pflichttheil nicht gerechtfertigt erscheint.

Ad II. Anlangend die weiter in Frage stehenden fl. 7600, so ist vom Kläger nie bestritten worden und steht jedenfalls jetzt rechtskräftig fest, daß er die Hälfte dieses Betrages auf sein mütterliches Vermögen sich aufrechnen lassen muß. Es fragt sich nur: ob die andere Hälfte in den Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlasse (gravam. appell. II.), und für den Fall der Verneinung dieser Frage: ob nicht auch diese zweite Hälfte auf das mütterliche Vermögen in Anrechnung zu bringen sei (gravam. adhaes.). Die letztere Frage kann aber sofort aus denselben Gründen, aus denen dies bei den fl. 4000 geschehen ist, verneint werden. — Es reducirt sich also Alles auf die erste der obigen Fragen, bei deren Prüfung die einzelnen Posten, durch welche jener Betrag von fl. 7600 gebildet wird, getrennt zu behandeln sind.

A. Die fl. 500, welche Kläger im Frühjahr 1850 zur Bezahlung von Schulden erhalten hat, und auf welche sich sein Versprechen vom 2. Mai des genannten Jahres in Stadtgerichts-Acten [6] mit bezieht, würden

1) wenn man die Frage lediglich so zu stellen hätte, ob jener Betrag einen auf den Pflichttheil einzurechnenden Vorausempfang bilde, ebenso zu behandeln sein, wie die fl. 4000 unter I.

Weder jenes Versprechen, noch der Umstand, daß nach des Klägers eigener Darstellung der Vater die fraglichen fl. 500 nur unter der

Bedingung gegeben hat, daß Kläger dieselben bei der Erbtheilung zu conferiren habe, noch endlich der Zweck der Hingabe — Bezahlung von Schulden — würden jene Einrechnung begründen.

2) Die fraglichen fl. 500 haben aber in Wahrheit die Natur eines Darlehens, wie sich dies unzweifelhaft daraus ergibt, daß Kläger dieselben nur „als Vorschuß" und gegen Zinsen erhalten hat.

Es muß daher derselbe sich gefallen lassen, daß jene Summe nebst rückständigen Zinsen von dem zu vertheilenden mütterlichen Vermögen, resp. väterlichen Nachlasse zuvor in Abrechnung gebracht werde. Da es praktisch aber ganz auf Eins herauskommt, ob man hier von einer Collation oder von der Compensation mit einem debitum des Klägers an die Erbschaft spricht — so konnte es rücksichtlich der noch streitigen Hälfte jener fl. 500 nebst 3½ pCt. Zinsen seit dem 1. November 1855 bei der Bestimmung sub I. b. des Appellationsgerichts-Erkenntnisses sein Bewenden haben, und ist nur darauf hinzuweisen, daß selbstverständlich, insofern das mütterliche, resp. das väterliche Vermögen des Klägers zur Deckung der darauf zunächst angewiesenen Hälfte jenes Darlehens nicht ausreichen sollte, diese ihm auch auf den anderen jener Vermögenstheile compensando in Anrechnung gebracht werden kann.

B. Die fl. 4500 sind, wie aus dem Scheine [6] und der eigenen Darstellung des Klägers erhellt, demselben als „seine Mitgift" gegeben worden, und die Parteien sind darüber einverstanden, daß alle Geschwister eine gleiche Mitgift erhalten haben, womit auch das Erbschafts-Inventar insoweit übereinstimmt, als danach die 5 Schwestern (Nro. 1. 2. 4. 5. 8) des Klägers jede eine Mitgift „von fl. 4500", drei Brüder (Nro. 6. 7. 9) eine „väterliche Beihülfe" im gleichen Betrage, der vierte (Nro. 10) eine dergleichen von fl. 5000 und der fünfte (Nro. 3) die Summe von fl. 6000 zu conferiren haben, in welchen beiden letztgedachten Summen die fraglichen fl. 4500 ohne Zweifel mit enthalten sind. Durch die Bezeichnung jener fl. 4500 als „Mitgift" aber hat der Vater in hinlänglich deutlicher Weise seinen Willen ausgedrückt, daß dieselben in allen Beziehungen — also auch in Betreff der eventuellen Einrechnung in den Pflichttheil, ausweislich des früher errichteten Testaments, damals schon gedacht worden ist — nach den von dem Heirathsgut geltenden Grundsätzen behandelt

werden sollten, und dieser erkennbare Wille des Hingebenden genügt, auch wenn er nicht expressis verbis ausgesprochen worden, um die Pflicht zur Einrechnung des Gegebenen in die legitima zu begründen.

cf. L. 25. pr. Dig. de inoff. test. (5. 2.)

C. Anlangend endlich die in den Jahren 1850 bis 1853 dem Kläger weiter zugekommenen fl. 2600, so steht es ebenfalls fest, daß sämmtliche Geschwister zu gleicher Zeit die gleichen Beträge ausgezahlt erhalten haben, und kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn Kläger jene Summe auf den Pflichttheil sich nicht aufzurechnen braucht, dann auch die Geschwister nicht verbunden sind, die entsprechenden Beträge behufs Bildung der Masse, von welcher der Pflichttheil berechnet wird, zu conferiren. Dagegen fehlt es hier an einem entsprechenden Willensausdrucke des Vaters bei der Hingabe, wodurch die Einrechnung in den Pflichttheil geboten wäre, und hat man namentlich keine hinlängliche Grundlage, um jene Auszahlungen, soweit sie als aus dem Vermögen des Vaters gemacht anzusehen sind, unter den Gesichtspunkt einer anticipirten Erbvertheilung zu bringen, und nicht vielmehr deren Charakter als einfache Schenkungen zu unterstellen. — Es mußte also Kläger von der Imputation dieses Vorausempfangs auf den Pflichttheil entbunden werden.

Dem Allem nach war es bei dem die Aufrechnung der Hälfte des Empfangenen auf den mütterlichen Erbtheil des Klägers betreffenden Decisum II. des angefochtenen Erkenntnisses zu belassen, das Decisum I. aber dahin abzuändern, daß Kläger nicht die Hälfte von fl. 11,600, sondern nur die Hälfte der oben unter II. A. und B. besprochenen fl. 500 und fl. 4500, zusammen fl. 5000, auf den Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlaß sich aufrechnen zu lassen verbunden sei, wobei es sich von selbst versteht, daß die nicht in den Pflichttheil zu imputirenden Summen, auch nicht behufs Constatirung desjenigen Betrages, von welchem jener zu berechnen ist, der väterlichen Erbschaft zugezählt werden können.

200.

In Zolluntersuchungs-Sachen

gegen

1) **J. D. H.** und **C. L. K.**, als Theilhaber der Handlung **J. Ph. K.**, wegen mißbräuchlicher Benutzung ihres fortlaufenden Conto und Zolldefraudation, und

2) **J. M.** und **P. M. O.**, Firma **P. M. O.**, **J. A. A. G.** und **F. W. A.**, in Firma, jetzt als ehemalige Inhaber der aufgelösten Handlung **G.** und **A.** und **J. H.**, wegen Theilnahme,

3) **J. F. M.** und **C. F. W. P.** wegen Beihülfe bei obigem Vergehen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 2. December 1857.

In Erwägung, daß

1) das Recht der Contirung darin besteht, daß gewisse, von der competenten Zollbehörde damit versehene Großhandlungen auf Grund besonderer Conti einen Zollcredit in der Art genießen, daß sie die ihnen aus dem Auslande zukommenden Waaren beim Eingang in den Zollverein nicht zu verzollen, auch den Eingangszoll nur von denjenigen Waaren zu entrichten haben, welche nach jeweiliger, in der Regel von Halbjahr zu Halbjahr erfolgender zollamtlicher Revision sich weder auf dem Lager vorfinden, noch in's Ausland exportirt, daher innerhalb des Zollverbandes abgesetzt worden sind, während die Durchgangsabgabe von den in's Ausland zurückgehenden Gütern zu erlegen ist,

Meßordnung § 4. 5. 6.

Contoordnung § 1 bis 6. 19.

2) die Ertheilung eines laufenden Conto jedoch nicht als lediglich auf die von dem Contoinhaber eingeführten eigenen, resp. durch ihn

selbst verkauften Waaren beschränkt zu betrachten ist, indem keine specielle gesetzliche Bestimmung in der Mitte liegt, wonach der Contoinhaber auch Eigenthümer, resp. Selbstverkäufer der über sein Conto laufenden Waaren sein muß, und nicht angenommen werden kann, daß die Zollgesetzgebung, welche

cf. z. B. Zollgesetz § 15.
Zollordnung § 94.
Meßordnung § 10.

in Bezug auf den Zoll stets nur den natürlichen Besitzer, Inhaber und Empfänger berücksichtigt, bei dem Contoverhältnisse eine Ausnahme, von dieser Regel habe machen wollen,

3) demnach die contoberechtigte Handlung K., insoweit dieselbe nach Inhalt der Untersuchungsprotocolle für Rechnung anderer Handlungen zollpflichtige Waaren lediglich in ihr Conto aufgenommen, sich keines Mißbrauchs der Contobefugniß, welcher nach § 7 der Contoordnung und § 43 der Meßordnung als Defraudation zu ahnden wäre, schuldig gemacht hat, indem insbesondere

a) dies Verfahren weder unter einem der in

§ 6 des Zollstrafgesetzes

bezeichneten Fälle, in welchen eine Defraudation durch die dort bezeichneten Thatsachen unbedingt begründet wird, zu subsumiren ist, noch einer der Fälle vorliegt, welche

§ 43 der Meßordnung

erwähnt, die Untersuchung vielmehr mit Rücksicht auf die Bestimmung in

§ 43 cit. sub c.

ergeben hat, daß die Handlung K., wenn man die fremden Waaren von den für eigene Rechnung contirten trennt, schon durch letztere fortwährend den für die Contoerhaltung erforderlichen Criterien Genüge geleistet hat,

b) ebensowenig nach den allgemeinen Bestimmungen

§ 2 des Zollstrafgesetzes

in einer solchen Benutzung des Conto eine Defraudation erkannt werden kann; da

α. ein Debitiren der contirten fremden Waaren ohne Zahlung von Durchgangszoll offenbar nie stattgefunden hat;

β. mit Grund nicht behauptet zu werden vermag, daß die nicht

für eigene Rechnung über den Conto eingegangene Waare eben dadurch einem zu zahlenden Eingangszoll unterworfen worden sei, weil contirte Waaren, auf welchen nach

§ 31 des Zollgesetzes,

§ 74 der Zollordnung

die Abgabe noch haftet, nicht als in freien Verkehr gesetzt erachtet werden können, auch die Zollgesetzgebung nirgends ausspricht, daß das nicht unter Zollverschluß befindliche Contolager, wie die öffentliche Niederlage unter Verschluß ein Ausland im Inlande vorstellt, zudem der Natur der Sache nach nicht zu bezweifeln ist, daß die Handlungen, welchen K. sein Conto in bezeichneter Weise einräumte, ohne diesen Vortheil ihre Waaren entweder gar nicht importirt, oder nur haben transitiren oder unter Zollverschluß haben bringen lassen, nicht aber für die Waaren, insoweit solche in das Ausland gegangen, den Eingangszoll bezahlt haben würden; endlich die Zolldirection selbst die fragliche Benutzung des Conto wohl nach Inhalt des Erlasses vom 10. October 1850 als Ordnungswidrigkeit rügte, nicht aber darin eine Defraudation erkannte, indem diese Behörde sonst nicht nur in dem Falle, welcher das Circular veranlaßte, strafend eingeschritten sein, sondern auch neben der Contoentziehung der Defraudationsstrafe warnend gedacht haben würde;

4) dagegen die Ausführung nicht contirter, bereits verzollter ausländischer Waaren über ein Conto nicht nur als eine Ordnungswidrigkeit im Hinblick auf das hierüber auszustellende Certificat, sondern als eigentliche Defraudation im Sinne des

§ 2 des Zollstrafgesetzes

gelten muß, weil in einem solchen Falle der auf einer gleichen Menge contirter Waaren haftende Zoll dem Zollfiscus widerrechtlicherweise dadurch entzogen wird, daß bereits verzollte Waaren nach dem Auslande zurückgesandt und eine gleiche Quantität von Waaren als verzollt dem Conto abgeschrieben werden, welche, da, wie bemerkt, der Zoll auf den erstgedachten Waaren bereits entrichtet worden, ebenfalls zu verzollen gewesen wären, wenn der erwähnte unbefugte Umtausch nicht stattgehabt hätte und die Zollbehörde nicht inducirt worden wäre, anzunehmen, daß die substituirte Waarenquantität wirklich verzollt und daher von dem Conto abzuschreiben gewesen sei;

5) die Untersuchung gegen die Handlung J. Phil. K. und Genossen ergeben hat, daß die Ausführung nicht contirter Waaren über deren Conto erfolgt ist:

a) für die Handlung P. M. O. mittelst der Certificate vom 27. August, 23. November und 3. December 1852

2 Ctr. 83 $^{8}/_{10}$ Pfd. Baumwollenwaaren,

3 Ctr. 20 $^{9}/_{10}$ Pfd. Wollenwaaren,

welche nach der als richtig anerkannten Zusammenstellung einen Einkaufswerth von fl. 1061. 32 kr. (d. i. die dort in fine berechneten fl. 1461. 26 kr. abzüglich des Werths der einbegriffenen unverzollten Waaren mit fl. 399. 54 kr.) gehabt haben, und an Eingangszoll gezahlt haben zusammen fl. 416. 47 kr., woran der Durchgangszoll à 17 ½ kr. pr. Centner mit fl. 1. 46 kr. abzusetzen ist;

b) für den Handelsmann Joseph H. mit Certificat vom 16. April 1853

25 $^{8}/_{10}$ Pfd. Wollenwaaren,

nach der als richtig genehmigten Zusammenstellung im Fakturawerthe von fl. 49. 43 kr. und mit fl. 13. 28 kr. Abgabe belastet (fl. 13. 32 kr. Eingangs-, weniger 4 kr. Durchgangszoll);

c) für die Handlung G. u. A. mit Certificat vom 23. April 1853

1 Ctr. 10 Pfd. Nankings,

welche nach der anerkannten Aufstellung einen Fakturawerth von fl. 256. 2 kr. gehabt und Eingangszoll von fl. 96. 48 kr. (d. i. fl. 97. 7 kr. abzüglich 19 kr. Durchgangszoll) gezahlt haben;

d) in Betreff einer Kiste mit

1 Ctr. 13 Pfd. Leinenwaaren,

durch Certificat vom 23. Juni 1853 von Handlung H. jun. zur Disposition gestellt, welche nach genehmigter Aufstellung einen Fakturawerth von fl. 306. 25 kr. gehabt hat und wofür fl. 39. 13 kr. (fl. 39. 33 kr. Eingang abzüglich 20 kr. Durchgang) gezahlt worden sind;

6) nach dem Ergebniß der Untersuchung die Theilnahme der Handlungen P. M. O., resp. G. u. A. und H. an jenen Defraudationen im Sinne

§ 16. alin. 2 des Zollstrafgesetzes

erwiesen ist, während die Handlung H. jun. bei der in Betreff einer von ihr längst zur Disposition gestellten Waare von der Handlung K.

vorgenommenen Certificirung, resp. Hinterziehung als unbetheiligt zu erachten ist;

7) die Handlungsbeflissenen J. F. M. und C. F. W. P. keines der in den oben unter 5. bezeichneten strafbaren Fällen vorkommenden Certificate unterzeichnet haben, hierbei demnach ganz unbetheiligt erscheinen, während über etwaige Beihülfe bei dem Vergehen durch den Unterzeichner jener Certificate, den Handlungsbeflissenen A., nichts eruirt worden, nach der Natur des Verhältnisses eines Lehrlings zum Prinzipale und zu dem Geschäfte selbst ein strafrechtlicher Reatus um so unwahrscheinlicher ist, als nicht unterstellt werden kann, daß demselben das besondere Verhältniß zwischen seiner Prinzipalschaft und den Handlungen P. M. O., G. u. A. und J. H. in seinem ganzen Umfange und daher die bezweckte Zolldefraudation bekannt gewesen sei, wonach dann auch von der im

§ 5 der Denkschrift der Zolldirection

anheimgestellten Untersuchung des wegen auswärtigen Aufenthalts bisher nicht vernommenen A. Umgang zu nehmen ist;

8) nach der hiesigen Rechtsprechung in Steuerstraffällen eine offene Handelsgesellschaft (Firma) als solche Contravenientin in dem Sinne sein kann, daß Ersatz und Geldbußen von derselben auf condemnatorisches Urtheil unter solidarischer Verhaftung ihrer Theilhaber als correi getilgt werden, auch kein gesetzlicher Grund besteht von dieser allgemeinen Regel, im vorliegenden Falle Umgang zu nehmen und statt der Gesellschaften deren einzelne Theilhaber jeden für das Ganze zu verurtheilen, indem aus dem Societätsverhältnisse an und für sich in Ermangelung jedes weiteren Nachweises nicht gefolgert werden kann, daß sich die Gesellschafter zu einem unter Gebrauch der Firma verübten Zollvergehen verbunden und dasselbe gemeinschaftlich ausgeführt haben, als in welchem Falle nach

§ 16. alin. des Zollstrafgesetzes

jeden einzelnen die volle Strafe treffen könnte;

9) sonach auf Grund

§ 2 u. 16. alin. 2 des Zollstrafgesetzes

die volle Strafe der Hinterziehung nur gegen die Firmen J. Ph. K., P. M. O., G. u. A. und H. auszusprechen, nach

§ 12 eod.

aber, weil die Handlung K. erwiesenermaßen mit ihr unverzollt anvertrauten Waaren Unterschleif getrieben hat, für diese, welche auch die vorenthaltenen Abgaben nachträglich entrichten muß, um die Hälfte des nach

§ 2 cit.

verwirkten vierfachen Betrags der vorenthaltenen, nach 5. oben auf zusammen fl. 564. 30 kr. sich berechnenden Gefälle, zu schärfen ist;

10) als diejenigen Waaren, in Bezug auf welche die Defraudationen begangen wurden, in vorliegendem Falle diejenigen contirten Waaren der Handlung K. anzusehen sind, für welche durch die falsche Certificirung verzollter Waaren zum Ausgange die Eingangsabgaben (abzüglich des gezahlten Durchgangszolles) gewonnen worden sind, diese Handlung mithin der Verlust der Waare durch Confiscation nach

§ 21. alin. 1 des Zollstrafgesetzes

treffen würde;

11) die Confiscation dieser nicht mehr vorhandenen Waaren nicht erfolgen, ebensowenig aber der alsdann nach

§ 21. alin. 3 eod.

eintretende Wertherſatz durch Schätzung oder sonstige Beweismittel festgestellt werden kann, mithin auf Grund derselben Gesetzesbestimmung anstatt der Confiscation auf eine Ersatzsumme zwischen fl. 50 bis fl. 2000 zu erkennen ist, für deren richterliche Festsetzung die nach 5. oben im Gesammtbetrage von fl. 1673. 42 kr. ermittelten Fakturawerthe der ausgeführten Waaren insofern zum Anhaltspunkte dienen, als die dafür abgeschriebenen contirten Waaren jedenfalls von gleicher Qualität, Quantität und Steuerkategorie, demnach auch wohl von annähernd gleichem Werthe gewesen sind;

wird zu Recht erkannt:

A. Die Handlung J. Phil. K. wird wegen der unter erschwerenden Umständen erfolgten Zollhinterziehungen statt Confiscation der Waaren, in Bezug auf welche defraudirt wurde, zur Zahlung von fl. 1650, sowie des sechsfachen Betrags der defraudirten Abgaben von fl. 564. 30 kr. mit fl. 3387 — beides zur Strafe, außerdem aber zur nachträglichen Entrichtung jener Abgaben von fl. 564. 30 kr. binnen vier Wochen verurtheilt.

B. Die nachgenannten Handlungen werden als Theilnehmer an

den Defraudationen der Handlung J. Phil. K. schuldig erkannt, binnen vier Wochen als Strafe zu zahlen:

a) die Handlung P. M. O. den vierfachen Betrag der Gefälle von fl. 415. 1 kr. mit fl. 1660. 4 kr.,

b) Handelsmann Jos. H. das Vierfache der Abgaben von fl. 13. 28 kr. mit fl. 53. 52 kr.,

c) die Handlung G. u. A. dahier den vierfachen Betrag von fl. 96. 48 kr. Gefälle mit fl. 387. 12 kr.

C. Die Handlung J. Phil. K. wird von der Anschuldigung in Bezug auf die über ihr Conto gelaufenen contirten Waaren der Handlungen P. M. O. und J. F. E. Sohn defraudirt zu haben, und somit auch die Handlungen P. M. O. und J. F. E. Sohn von der Theilnahme hieran andurch freigesprochen.

D. Die Handlung F. G. H. jun. wird gleichfalls von der Anschuldigung der Theilnahme an der J. Phil. K. zur Last fallenden Hinterziehung von fl. 39. 13 kr. Abgaben hiermit freigesprochen.

E. Die Handlungen J. Phil. K., P. M. O., Handelsmann Jos. H. und die Handlung G. u. A. haben jede die sie betreffenden Kosten der Untersuchung zu tragen, resp. zu ersetzen.

F. Die wegen J. F. E. Sohn und F. G. H. jun. erwachsenen Untersuchungskosten werden niedergeschlagen.

G. Dieses Erkenntniß ist nach Vorschrift § 38 des Zollstrafgesetzes

a) an die Zolldirection zu befördern,

b) dem Untersuchungsrichter zur Publication an die Angeschuldigten zuzufertigen, und hat derselbe das darüber aufzunehmende Protocoll anher einzureichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. Juli 1859.

Erkannt:

daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 2. December 1857, wie hiermit geschieht, im Uebrigen zu bestätigen, aber darin abzuändern sei, daß bei Berechnung der von den Inhabern der Handlungen J. Phil. K. und Ph. M. O. zu erlegenden Strafe und des von Ersteren statt Confiscation der betreffenden Waaren zu bezahlenden

Werthbetrags einerseits der Fakturawerth nur der in den Certificaten vom 23. November und 2. December 1852 — Nro. 44 und 2 — verzeichneten O.'schen Waaren in Anschlag zu bringen, andererseits aber der Betrag von fl. 399. 54 kr. davon nicht abzuziehen, und nachdem die Zolldirection eine auf dieser Grundlage gemachte Berechnung des Fakturawerths gedachter Waaren und der hinterzogenen Zollgefälle beigebracht hat und dieselbe von den obgedachten Inculpaten anerkannt sein wird, die statt Confiscation zu erlegende Summe auf den berechneten Fakturawerth festzustellen und die verwirkten Strafen nach Maßgabe des verminderten Gefällebetrags zu erkennen seien.

Jeder der vier Appellanten ist die Kosten seiner Berufung, von der angesetzten Urtheilsgebühr aber die Zolldirection drei und neunzig Mark, die Angeschuldigten K. vierzig Mark, O. zwölf Mark und G. u. A. fünf Mark zu tragen schuldig.

Entscheidungsgründe.

I. Die Zolldirection beschwert sich, daß die Handlung J. Ph. K. in Ansehung der von J. F. E. Sohn über ihr fortlaufendes Conto ein- und wieder ausgeführten Waaren freigesprochen sei. — Grav. 2. 3.

Diese Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Das Zollstrafgesetz kennt als criminell zu ahndende Vergehen, im Gegensatz zu solchen, in denen eine Ordnungsstrafe stattfindet, nur drei:

1) Contrebande, d. h. Ein- oder Ausfuhr ganz verbotener Gegenstände (§ 11); 2) Defraudation, d. h. Entziehung der gesetzlichen Ein-, Aus- oder Durchgangs-Abgaben (§ 21); 3) die Verletzung des amtlichen Waarenverschlusses (§ 17 a.).

Die Vergehen unter 1. und 3. stehen hier außer Frage. Es fragt sich daher nur: haben die Inculpaten in demjenigen, was sie dem E. gewährt, sich einer Zolldefraudation schuldig gemacht?

Zwar formulirt die Zolldirection die zur Entscheidung stehende Frage dahin, ob in dem Verfahren der Inculpaten die Merkmale einer Zolldefraudation oder stattgefundenen Unterschleifs vorlägen.

Allein der § 12 des Zollstrafgesetzes, auf welchen hierbei Bezug genommen ist, versteht unter „Unterschleif“ eben nur Zolldefraudation, nicht etwas davon Verschiedenes. Die §§ 11 bis 15 beschäftigen sich nämlich nach der Ueberschrift über § 11 mit der „Zolldefraudation unter erschwerenden Umständen“, und zu diesen Fällen, wo die gesetzliche Strafe um die Hälfte geschärft werden soll, rechnet § 12 auch den, „wenn Personen, denen Waaren unverzollt anvertraut worden (also namentlich Inhaber von fortlaufenden Contos), mit denselben Unterschleif treiben, oder zu treiben gestatten.“ Soll hierin eine Zolldefraudation unter erschwerenden Umständen liegen, so muß vor allen Dingen durch den fraglichen Unterschleif eine Zollhinterziehung bewirkt sein, weil es sonst überall an einer Defraudation fehlen würde.

Geht man nun hiervon aus, so ist es klar, daß

A. darin, daß die Inculpaten dem E. gestattet haben, seine von England verschriebenen Manufakturwaaren über ihr fortlaufendes Conto in Frankfurt einzuführen, sie sich keines criminell strafbaren Zollvergehens schuldig gemacht haben. Die Zolldirection geht davon aus, daß nach dem eigenthümlichen Charakter der Zollgesetzgebung, wonach Alles, was nicht ausdrücklich erlaubt sei, für verboten gelten müsse, und insbesondere nach der Natur der Contoberechtigung, als eines strict zu interpretirenden Privilegiums, die Contisten „streng genommen“ nur zu ihrem Eigenhandel bestimmte Waaren, höchstens aber doch nur auch „Commissionswaaren“ auf ihr Conto einführen und anschreiben lassen dürften, um dadurch Creditirung des Eingangszolls zu erlangen, und nimmt daher an, daß dieses Verfahren mit anderen, als solchen Waaren der Strenge nach als eine Zollhinterziehung gelten müsse, weil von diesen Waaren sofort der Eingangszoll hätte entrichtet, oder sie in den Packhof unter öffentlichen Verschluß hätten gebracht werden müssen, aus dem sie nicht ohne Zahlung des Zolls verabfolgt würden. Allein

1) schon die Voraussetzung, von der hier ausgegangen ist, erscheint als eine unbegründete. Denn

a) was für den besonderen Charakter der Zollgesetzgebung geltend gemacht wird, widerlegt diese selbst, indem nach dem Strafgesetze § 17 b. nur Uebertretungen von Vorschriften „des Zollgesetzes“ und

der Zollordnung überall für strafbar erklärt werden, mithin nicht davon die Rede sein kann, alle Handlungen als Zollvergehen zu betrachten, welche die einschlagenden Gesetze nicht ausdrücklich erlauben.

Nun fehlt es aber, soviel die Contoordnung betrifft, darin an jeder Vorschrift, daß die Contisten nur für ihren Eigenhandel an ihre Adresse eingehende ausländische Waaren auf ihr Conto anmelden und anschreiben lassen dürfen, und fehlt es daran, so ist es durchaus willkürlich, zwischen Commissions- und Speditions-Gut zu unterscheiden und ihnen Ersteres zu erlauben, Letzteres zu verbieten. Eben so wenig folgt jene Beschränkung auf Waaren des Eigenhandels

b) aus der den Contisten gewährten Berechtigung als einem Privilegium. Denn das den einzelnen Großhändlern von der Verwaltungsbehörde ertheilte Recht eines fortlaufenden Conto gründet sich auf die Contoordnung. Diese nun erscheint zwar nach der Zollordnung als ein zur Erleichterung des Verkehrs getroffenes Reglement

Zollordnung Abschnitt 3.

für solche Orte, wo der Meßverkehr von Wichtigkeit ist.

Ebendas. § 78.

Allein ob diese Verkehrserleichterung nur den Vortheil der einzelnen Großhandlungen, denen nach den dafür vorgeschriebenen Bedingungen ein fortlaufendes Conto bewilligt werden kann, oder aber nicht vielmehr vorzugsweise den Vortheil des Zollfiscus bezweckt, ist mindestens zweifelhaft. Gegen Ersteres spricht die große Härte, die darin liegen würde, ohnehin schon bedeutende Handlungen nur für ihre Geschäfte in einer Weise zu begünstigen, die den Handel mit ausländischen Waaren in der That zu einem Monopol für sie machen würde, für Letzteres der entscheidende Grund, daß diese Einrichtung im § 81 der Zollordnung gerade durch die Wichtigkeit dieses Handels an gewissen Orten motivirt wird und es klar ist, daß ohne solche Einrichtung dieser Handel sehr leiden und dadurch dem Zollfiscus eine bedeutende Einbuße erwachsen würde: was denn auch, nachdem in Frankfurt die fortlaufenden Contos nach und nach haben aufgegeben werden müssen, die Zolldirection in neuerer Zeit veranlaßt hat, der dortigen Packhofniederlage eine den Bedürfnissen dieses Handels mehr entsprechende Einrichtung zu geben. Ist aber das, hat durch diese Einrichtung nicht ausschließlich der Verkehr der zur Contirung zuge-

lassenen Großhändler persönlich erleichtert werden sollen, so ist auch gar kein Grund vorhanden, die Berechtigung der Letzteren hinsichtlich der auf ihr fortlaufendes Conto zu bringenden Waaren so, wie es die Zolldirection will, zu beschränken.

Sollte diese beschränkende Auffassung, aus der allerdings schon das Circular von 1850 hervorgegangen ist, aber auch nicht die richtige sein, so ist doch jedenfalls

2) die daraus gezogene Folgerung, daß in der Anmeldung anderer, als der eigenen Waaren des Contisten, auf dessen Conti eine Zollhinterziehung begangen werde, eine irrige.

Die Zolldirection gelangt zu dieser Folgerung nämlich nur durch den weiteren Satz, daß entweder von solchen anderen Waaren bei ihrem Eintreffen in Frankfurt sofort der Eingangszoll bezahlt, oder ihr Verbringen in den Packhof erfolgen müsse, aus dem sie nicht ohne Zahlung des Zolls verabfolgt würden. Allein dieses Letztere ist offenbar unbegründet; denn wenn die Waare von der Packhofniederlage innerhalb zweier Jahre in's Ausland versendet wird, so bezahlt sie nur den Durchgangszoll. Indem also die Inculpaten K. Waaren des E. auf ihr Conto anmeldeten und anschreiben ließen, gewährten sie diesen nur diejenige Erleichterung in vollkommener Weise, die der Packhof ihm in unvollkommener gewährt haben würde, und von einer Zollhinterziehung durch dieses Verfahren allein kann gar keine Rede sein, und eben so wenig von einer erschlichenen Stundung, nämlich Creditirung des Eingangszolls, da diese ja auch bei der Niederlage im Packhof während zweier Jahre stattfindet.

Zollordnung § 60.

Auch hat

3) die Zolldirection dieser ihrer Auffassung selbst keine praktische Folge gegeben, indem sie nicht verlangt, daß K.'s wegen aller der Fälle bestraft werden, in welchen sie in den letzten drei Jahren E. Waaren über ihr Conto eingeführt, sondern nur für die Fälle, in denen sie solche wieder ausgeführt haben.

Durften aber die Angeschuldigten E.'sche Waaren auf ihr Conto anschreiben lassen, so folgt daraus mit Nothwendigkeit,

B. daß sie solche, ohne sich einer Zollhinterziehung schuldig zu machen, auch wieder ausführen und abschreiben lassen konnten.

Zwar beruft sich die Zolldirection darauf, daß nach dem (nach § 16 der Contoordnung auch auf die fortlaufenden Conten anzuwendenden) § 27 der Meßordnung die hier erwähnten Certificate, wie auch deren Formular zeige, nur vom Verkäufer, also nur vom Eigenthümer, oder doch jedenfalls vom Contisten nur über solche Waaren ausgestellt werden dürften, über welche er als Verkäufer disponiren könne.

Allein

1) das Certificat, namentlich das eingeführte Formular für fortlaufende Contos, welches hier allein in Betracht kommt, besagt nicht, daß die betreffende Waare vom Aussteller verkauft sei:

> „Certificat der unterzeichneten Handlung über nachstehende, zum fortlaufenden Conto eingeführte und an N. N. verkaufte (zurückgehende) Waaren."

Und so wie der Ausdruck „verkauft", der nur den Gegensatz von „zurückgehende" bildet, der von Wichtigkeit ist (cf. Contoordnung § 6. sub 6.) da, wo er im Gesetze vorkommt, nicht berechtigt, ihn so zu verstehen, daß er nicht auch die Fälle in sich begriffe, wo Waaren nach auswärts in Commission gegeben oder verschenkt 2c. wären, Fälle, die sonst ganz ausgeschlossen sein würden, so ist auch der Ausdruck „Verkäufer" nicht nothwendig so aufzufassen, daß darunter nur der Selbstverkäufer gemeint sei und nicht vielmehr der Contist, von dessen Lager die Waare veräußert wird, wie denn auch im § 16. cit. die Ausdrücke „Verkäufer" und „Conto-Inhaber" abwechselnd gebraucht werden.

2) Wäre dies aber auch nicht der Fall, so würde doch durch das Verfahren solchergestalt erfolgender Abschreibung wenigstens dann, wenn die Waare immer auf dem Lager des Contisten verblieben ist, eine Zollhinterziehung nicht eingetreten sein.

Es fragt sich daher nur noch,

C. ob die Angeschuldigten sich nicht etwa dadurch einer Zolldefraudation oder vielmehr eines, eine solche in sich schließenden Unterschleifs mit den ihnen anvertrauten unverzollten Waaren schuldig gemacht,

Strafgesetz § 12.

daß sie dem C. dessen auf ihr Conto geschriebene Waaren zeitweise in die Hände gegeben haben. Allein diese Frage ist ebenfalls zu verneinen.

Nirgends findet sich eine Vorschrift für die Contisten, die auf ihr Conto angeschriebenen Waaren unverrückt, soweit sie dieselben nicht wirklich verkaufen, auf ihrem Lager, und zwar in Einem Locale, beisammen zu halten, so daß es ihnen also verboten wäre, einzelne Parteien derselben einem anderen Handelsmanne anzuvertrauen, um für sie den Verkauf am Platze zu besorgen, oder gar einem Kauflustigen einzelne Stücke zum Besicht zuzusenden und kürzere oder längere Zeit in Händen zu lassen, oder in anderer Weise den natürlichen Besitz einzelner Waaren zeitweise aufzugeben. Nur zum Behufe der halbjährigen zollamtlichen Revision muß ihr gesammter contirter Waarenbestand, soweit nicht verkauft oder bereits abgeschrieben, auf ihrem Lager vereinigt und geordnet sein. Sind nun nach der Ausführung unter A. Contisten bei der Anschreibung auf ihr Conto nicht auf eigene Waaren beschränkt, so waren die Angeschuldigten auch durch kein Gesetz behindert, die auf ihrem Conto stehenden Waaren E.'s diesem zu übergeben.

Wenn die Zolldirection, um die Anschuldigung einer hierdurch begangenen Zollhinterziehung zu begründen, sich

1) darauf beruft, daß durch solches Verfahren die betreffenden Waaren der zollamtlichen Controle ganz entzogen würden, so ist das unzutreffend. Insofern die Controle der Identität der auf dem Conto angeschriebenen Waaren mit der auf dem Lager des Contisten befindlichen im strengen Sinne des Wortes gemeint ist, so daß es auf die Identität der individuellen Stücke ankomme, hat die Zollbehörde dieselbe schon dadurch ganz aufgegeben, daß sie die einzelnen revidirten und auf das fortlaufende Conto des betreffenden Großhändlers gebrachten Waaren ihm ausliefert und ihm, ohne die einzelnen Stücke mit Zollzeichen zu versehen, gestattet, sie auf sein offenes Lager zu nehmen. Diese Controle kann also durch das der Handlung K. vorgeworfene Verfahren der Behörde nicht erst entzogen werden. Versteht man aber unter Identität die des Ursprungs, der Gattung und der Steuerkategorie, so kann die Controle in dieser Beziehung geübt werden, der Contist mag die betreffenden Waaren immer auf seinem Lager behalten, oder sie zeitweise daraus entfernt haben. — Ebenso unzutreffend ist es, wenn

2) geltend gemacht wird, der Contist, der solche nicht immer auf seinem Lager verbliebenen Waaren certificire, stelle ein Certificat über Waaren aus, von denen er theils

a) bei dem heutigen Stande der inländischen Industrie unmöglich die feste Ueberzeugung haben könne, daß es wirkliche ausländische Waaren seien, theils

b) nicht wissen könne, ob sie auch über sein Conto eingegangen und nicht vielmehr durch Versteuerung, wenn nicht gar durch Einschwärzung in freien Verkehr getreten seien.

Hier ist zwar

ad a. nicht zu verkennen, daß, wenn in einem einzelnen Falle Waaren von derselben Gattung, wie die contirten, aber inländischen Ursprungs, ohne daß der Contist selbst es beachtete und ohne daß es auch bei der amtlichen Revision, die ja bei jeder Abfertigung eintritt, entdeckt wird, statt der entsprechenden Quantität ausländischer ausgeführt würden, und auch der auswärtige Käufer, ohne den Irrthum zu bemerken, die Waare behielte, der Zollfiscus benachtheiligt sein würde, ja eine wirkliche Zollhinterziehung, wenngleich zum Vortheil der inländischen Industrie, stattgefunden hätte, weil dann die entsprechende Quantität ausländischer Waaren unverzollt in freien Verkehr gekommen wäre. Allein der § 12 des Zollstrafgesetzes bedroht den Contisten nur wegen wirklich erwiesenen Unterschleifs mit den ihm unverzollt anvertrauten Waaren, also nach dem Obigen wegen wirklich verübter Zollhinterziehung, mit der Strafe der Zolldefraudation. Diese Strafe kann also nicht verhängt werden wegen eines überdies nicht verbotenen Verfahrens, aus dem unter gewissen Voraussetzungen möglicher Weise eine Zollhinterziehung hervorgehen kann.

Dieser Grund ist auch

ad b. völlig durchschlagend. Außerdem aber kommt hier in Betracht, daß die Gefahr, daß der Contist optima fide Waaren der letzteren Art erkauft, auf sein Conto anschreiben läßt und demnächst versendet, ja auch ohne das hier fragliche Verfahren vorhanden ist.

Es bleibt daher nur

3) der dritte, der der Denkschrift der Zolldirection beigefügte, Anl. C. entnommene Einwand übrig, daß in dem Momente, wo die Angeschuldigten dem E. seine auf ihr Conto angeschriebenen Waaren ausgeliefert hätten, diese in freien Verkehr getreten seien und also hätten versteuert werden müssen und die Angeschuldigten sich dieser

Verpflichtung durch Certificirung der Waare als in's Ausland verkauft rechtlich nicht hätten entziehen dürfen. Wäre dies der Fall, so läge allerdings ein nach § 12. cit. strafbarer Unterschleif, weil eine wirkliche Zollhinterziehung, vor. Allein diese Auffassung ist nicht zu billigen. Es folgt dies schon aus der obigen Ausführung. Ist der Contist nicht verpflichtet, seine eigenen contirten Waaren immer in seinem Lagerlocale zu haben, und stehen den eigenen contirten Waaren die für fremde Rechnung angeschriebenen gleich, so können diese dadurch, daß sie zeitweise in den körperlichen Besitz des Eigenthümers übergehen, unmöglich als in freien Verkehr getreten betrachtet werden, so lange sie noch auf dem Conto angeschrieben stehen. — In der That besteht denn auch die Grundlage dieses Einwandes, nämlich die Gleichstellung eines Lagers contirter Waaren mit der öffentlichen Packhof-Niederlage und den unter amtlichem Mitverschluß befindlichen Privatlagern und die darauf gegründete Annahme, daß auch Ersteres als ein Ausland im Inland zu betrachten sei, in einer unrichtigen Auffassung derselben. Wie bei dem Packhof und dem verschlossenen Privatlager Sicherstellung wegen Zoll und Controle in dem amtlichen Verschlusse beruht, so bei dem Lager des Contisten die Sicherstellung wegen des creditirten Zolls in der von dem Contisten zu leistenden Caution und die Controle in der Anschreibung, resp. Abschreibung der Waaren auf dem Conto, beides nach vorgängiger Revision der Waaren, und in der halbjährigen Aufnahme des Lagers auf Grund des Conto. Was bei dieser Aufnahme nach Abzug des Abgeschriebenen an dem Bestande, der auf Grund des Conto vorhanden sein sollte, fehlt, wird nur als in freien Verkehr übergegangen behandelt und muß versteuert werden. Nicht das Lager allein, sondern dieses in Verbindung mit dem Conto kann daher der Packhof-Niederlage gleichgestellt werden, und daraus folgt, daß es völlig unzulässig ist, die Bestimmung des Strafgesetzes § 6. sub 5., wonach Contrebande oder Defraudation als vollbracht angesehen wird, wenn unverzollte Waaren aus einer Packhofs-Niederlage ohne vorschriftsmäßige Declaration entfernt werden, auf den Fall anzuwenden, wenn Waaren eines fortlaufenden Conto zeitweise den Lagerraum verlassen. Auch wird in der gedachten Anlage das darin aufgestellte Princip nicht consequent durchgeführt. Während nämlich zugegeben wird, daß der Contist nicht blos eigene, sondern auch Com-

missionswaaren auf sein Conto einführen dürfe, macht sie hinsichtlich der Entfernung der Waare aus dem Lager zwischen beiden einen Unterschied. Der Contist soll berechtigt sein, über seine **eigenen** Waaren frei zu verfügen und sie aus seinem Lager an dritte Personen auszuantworten; dagegen soll in der Ausantwortung von Commissionsgütern an Dritte eine Zollhinterziehung liegen, weil jene dadurch der Controle der Zollbehörde entzogen würden. Wie das, wenn überall, bei den einen, nicht aber bei den anderen der Fall sein soll, ist nicht wohl zu begreifen, und jedenfalls ist es Inconsequenz, wenn man einmal auf die Thatsache der Entfernung aus dem Local des contirten Lagers das entscheidende Gewicht legt, es nicht in allen Fällen anzuwenden. Auch steht dieser Auffassung die der Berliner Gerichte in Untersuchungssachen wider Levin allerdings entgegen, indem in dieser letzteren Sache die Waaren des Angeschuldigten keineswegs, wie die Zolldirection behauptet, immer, wenigstens nicht alle auf dem Lager des Contisten verblieben waren, die Entscheidungsgründe des Kammergerichts vielmehr klar das Gegentheil ergeben.

Uebrigens hat die Zolldirection selbst, wie aus dem Circular vom 18. October 1850 hervorgeht, damals dasjenige Verfahren, welches sie jetzt als Zolldefraudation criminell verfolgt, wenigstens das An- und Abschreibenlassen fremder Waaren durch den Contisten, nicht als solche, sondern nur als Ordnungswidrigkeit aufgefaßt, welche Entziehung der Concession zur Folge habe, und dies hat die damaligen Contisten, denen das Circular zugegangen ist, darin bestärken müssen, es als etwas absolut Verbotenes, geschweige Zolldefraudation, nicht aufzufassen. Denn trotz dessen, was sie gegenwärtig in ihrer Berufungsschrift darüber vorbringt, bleibt es immer unerklärlich, wie sie sich, wenn sie in dem Verfahren eine Defraudation erblickte, sowie geschehen, aussprechen konnte; sollte aber ihre Meinung auch eine andere gewesen sein, so konnten doch die Empfänger des Circulars sie unmöglich darin erblicken.

Es könnte sich also nur fragen, ob etwa auf Grund dieser Circularverfügung wider die Angeschuldigten eine Ordnungsstrafe zu erkennen sei. Allein das Strafgesetz bedroht mit einer solchen von 1 bis 15 fl. nur Uebertretungen der Vorschriften des Zollgesetzes und der Zollordnung, sowie der **in Folge derselben öffentlich bekannt**

gemachten Verwaltungsvorschriften, für welche keine besondere Strafe angedroht ist. Nun aber ist theils das fragliche Circular nicht eine öffentlich bekannt gemachte Verwaltungsvorschrift, theils ist darin eine besondere Strafe angedroht, nämlich die Entziehung des fortlaufenden Conto. Nur diese also könnte eventualiter in Frage kommen; diese aber ist nicht mehr auszuführen, da die Angeschuldigten ihr fortlaufendes Conto bereits freiwillig aufgegeben haben.

II. Die Handlungen J. P. K., Ph. M. O. und G. u. A. beschweren sich über die vom Appellationsgerichte gegen sie ausgesprochene Verurtheilung.

Diese jedoch mußte bestätigt werden.

Insofern die Handlung K. nämlich die von anderen Handlungen zu dem Zwecke ihr übergebenen, von diesen bereits verzollten Waaren mittelst Certificate, als von ihrem contirten Lager stammend, in das Ausland ausgeführt und von ihrem fortlaufenden Conto hat abschreiben lassen und den Eingangszoll für diese Waaren den anderen Handlungen vergütet hat, hat sie sich einer Zollhinterziehung mittelst eines nach § 12 des Zollstrafgesetzes zu ahndenden Unterschleifs schuldig gemacht. — Denn es ist klar, daß, da diese Waaren nicht auf ihr Conto angeschrieben waren, der Zollfiscus um die Eingangsgefälle eines entsprechenden Quantums von contirten Waaren derselben Gattung und Steuerkategorie verkürzt wurde, wenngleich K., die den Betrag dieser Gefälle den anderen Handlungen vergüteten, denselben allerdings nicht lucrirt haben. Und ebenso klar ist es, daß die anderen Handlungen, insofern sie, um den Eingangszoll, den sie bei eigenem Versandt der Waaren nicht wieder bekommen haben würden, vergütet zu erhalten, die Handlung K. zu diesem Verfahren bestimmten, sich einer Theilnahme an dieser Zolldefraudation schuldig gemacht haben.

Eines solchen Verfahrens sind nun, soviel noch jetzt in Betracht kommt, völlig überführt und geständig:

A. die Handlung K. einer- und die Handlung O. andererseits;

B. die Handlung K. in Beziehung auf Waaren der Handlung Jos. H.;

C. die Handlung K. einer- und die Handlung G. u. A. andererseits;

D. die Handlung K. in Beziehung auf Waaren der Handlung

F. G. H. jun. Wittwe, und zwar hinsichtlich der im vorigen Erkenntnisse

ad A. unter 5 a.
„ B. „ 5 b.
„ C. „ 5 c.
„ D. „ 5 d.

specificirten Waaren.

Auch ist von Seiten der Handlung K. zur Rechtfertigung dieses ihres Verfahrens gar nichts, von Seiten der Handlungen O. und G. u. A. rechtlich Erhebliches nicht geltend gemacht worden. Denn wenn namentlich der Anwalt der letzteren in der Berufungsschrift die Sache so darstellt, als ob die 111 Zollpfund blasser Nankin als Rest der früher von der Handlung K. verzollt gekauften größeren Partie von G. u. A. redhibirt und in Folge davon als rechtliche Verbindlichkeit der Kaufpreis theils durch Rückerstattung des Zolls, theils durch unentgeldliche Lieferung eines gleichen Quantums dunkeln Nankin und sofortige zollfreie Ausfuhr desselben nach dem Kreuzlinger Freilager vergütet worden sei, mithin überall keine Zolldefraudation stattgefunden habe, so wird bei dieser, dem Inhalte der Acten überdies nicht entsprechenden Darstellung übersehen, daß die zurückgelieferten 111 Pfund Nankin dem Lager der Handlung K., nicht aber ihrem fortlaufenden Conto zugewachsen sind, und daß diese dadurch in den Stand gesetzt wurde, eine gleiche Quantität noch einmal unter Zuschlag des Zolls im Inlande zu verkaufen, ohne bei der halbjährigen Abrechnung mit der Steuerbehörde auf Grund ihres Conto mit dem entsprechenden Zollbetrage belastet zu werden, und daß es ihr nur dadurch, also durch eine Zollhinterziehung, möglich ward, G. u. A. den Zoll zu vergüten, ohne selbst ein Opfer zu bringen, was bei einigem Nachdenken G. u. A. gar nicht entgehen konnte.

War hiernach im Allgemeinen die Beschwerde der Angeschuldigten zu verwerfen, so mußte doch zu Gunsten der Handlungen K. und O., in Folge der von letzterer geltend gemachten Verjährungseinrede, eine Abänderung des vorigen Urtheils erfolgen.

Nach § 28 des Zollstrafgesetzes soll ein Defraudationsfall, der vor Ablauf von drei Jahren nicht zur Anzeige gekommen ist, nicht mehr untersucht und bestraft werden. — Nun aber hat das Haupt-

steueramt von der abseiten der Handlung K. mittelst Certificats vom 27. August 1852 vorgenommenen Ausführung O.'scher Waaren erst nach Ablauf dieser Verjährungszeit Kenntniß erlangt. Zwar hatte die Zolldirection unterm 24. August 1855 verfügt, daß die Vergleichungen der Verkaufsbücher 2c. der Handlungen K. E. und O. mit den Certificaten für eine volle dreijährige Periode vom 11. August 1855 rückwärts zu bewirken sei. Allein am 29. August 1855 befand sich der mit der Untersuchung beauftragte Beamte noch nicht im Besitze derjenigen Certificate, aus denen allein sich die drei Versendungen O.'scher Waaren, welche Gegenstand der strafrechtlichen Untersuchung geworden sind, ergeben konnten. Erst in einer Registratur vom 6. September 1855 findet sich bemerkt, die Handlung K. habe dem Ersuchen um Mittheilung der Duplicate der erforderlichen Certificate, deren Originale sich in Berlin befänden, entsprochen, und demnach habe die vorgeschriebene Vergleichung der Certificate mit den Handlungsbüchern auf die dreijährige Periode rückwärts vom 11. August sofort im Laufe der jüngst verflossenen Tage (zwischen dem 29. August und 6. September) vorgenommen werden können. Und nun erst wurden unter anderen auch die drei Certificate über O.'sche Waaren vom 27. August, 23. September und 3. December 1852 am 6. September K. und am 11. September O. vorgehalten. Sonach ist es klar, daß die Versendung mittelst des Certificats vom 27. August 1852 gar nicht zum Gegenstande der Untersuchung und Bestrafung gemacht werden durfte, und zwar weder gegen K., noch gegen O., da, obgleich nur letzterer die Einrede daraus geltend gemacht hat, die zollstrafrechtliche Verjährung bekanntlich von Amtswegen zu berücksichtigen ist.

Unterholzner, Verjährungslehre I. S. 476. 477.
Heffter, Strafrecht § 190.
Marezoll, das deutsche Criminalrecht, § 56.

Es muß daher sowohl die gegen beide Handlungen auf Grund der hinterzogenen Zollgefälle erkannte Geldstrafe, als auch der anstatt der Confiscation von der Handlung K. zu erlegende Werthbetrag eine Ermäßigung erleiden, in welcher Beziehung im Urtheile das Erforderliche verfügt ist. Dagegen versteht es sich von selbst, daß die eingetretene Verjährung auf die Verpflichtung der Handlung K. zur Nachzahlung des hinterzogenen Steuerbetrags keinen Einfluß zu üben vermag.

III. Die Zolldirection beschwert sich, daß nicht gegen sämmtliche Angeschuldigte der § 13 des Zollstrafgesetzes angewendet, also eine Freiheitsstrafe erkannt, jedenfalls aber gegen die Handlungen und nicht gegen jeden einzelnen Theilhaber derselben nach § 16 die volle gesetzliche Strafe erkannt sei.

Allein

A. von einer Anwendung des § 13 kann schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil, abgesehen davon, daß, wie aus dem darin vorkommenden Ausdrucke Anführer und aus dem Schlußsatze hervorzugehen scheint, unter der hier mit Freiheitsstrafe bedrohten „Vereinigung von dreien oder mehreren Personen zu gemeinschaftlicher Verübung von Zollvergehen", lediglich eine Verbindung zum Contrebandiren oder zum Einschwärzen zollpflichtiger Gegenstände gemeint sein dürfte, jedenfalls hier ein Complot blos zu dem bewußten Zwecke einer Zolldefraudation und eine gemeinschaftliche Verübung derselben vorausgesetzt wird; von welchen Voraussetzungen keine hier vorliegt; daher denn auch die Zolldirection in ihrer dem Appellationsgerichte übergebenen Denkschrift eine Anwendung dieses § 13 auf den gegenwärtigen Fall zu beantragen nicht für angemessen erachtet hatte.

B. Eben so wenig ist der § 16. alin. 1. geeignet, den eventuellen Antrag der Zolldirection zu begründen. Denn wenngleich die Handlung K. den Handlungen O., H. und G. u. A. auf Grund mit ihnen getroffener Vereinbarung etwas gewährt hat, wodurch indirect eine Zollhinterziehung bewirkt worden ist, so fehlt doch auch hier das Erforderniß der Verbindung zu dem bewußten Zwecke einer Defraudation, und ebenso das einer gemeinschaftlichen Ausführung derselben.

Nun schreibt freilich

C. § 16 in alin. 2. vor, daß Jeden, der an einer Zolldefraudation als Urheber Theil nimmt, die volle Strafe des Vergehens trifft, und es fragt sich daher, ob etwa aus diesem Gesichtspunkte der eventuelle Antrag der Zolldirection gerechtfertigt erscheint.

Zwar ist so viel klar, daß Theilhaber einer Handlung nicht blos als solche, auch schon als Miturheber eines Namens der letzteren geübten Vergehens zu behandeln sind. Ebenso klar aber ist es, daß, wo die Miturheberschaft der einzelnen Theilhaber erwiesen ist, eine etwa zu verhängende Freiheitsstrafe in ihrer vollen, für das Vergehen

bemessenen Dauer gegen jeden Schuldigen zu erkennen ist, da so wenig eine Vertheilung der Strafe über die Mehreren, als eine Verbüßung derselben von Einem für die Anderen der Gerechtigkeit entspricht; und bei Geldstrafen anders zu verfahren und sie unter jener Voraussetzung nur einmal gegen die Firma zu erkennen, dürfte sich gemeinrechtlich nicht rechtfertigen lassen. Wäre also erwiesen, daß die beiden Frankfurter Inhaber der Handlung K. — denn von dem in Manchester als Leiter des dortigen Geschäfts sich aufhaltenden Theilhaber hat selbst die Zolldirection abgesehen — bei jeder als Zollhinterziehung zu bestrafenden Versendung fremder Waaren, und daß die beiden Theilhaber je der Handlung O. und G. u. A. bei den Versendungen ihrer Waaren über das K.'sche Conto in gleicher Weise mitgewirkt haben, so erschiene gemeinrechtlich der Antrag der Zolldirection, gegen jede dieser Personen die volle gesetzliche Strafe zu erkennen, wohl begründet. Allein an diesem Beweise fehlt es, so wie die Acten jetzt liegen, gänzlich.

1) Bei den beiden zuletzt genannten Handlungen hat dies gar kein Bedenken. Denn

a) Ph. M. O., nach seiner und seines Bruders übereinstimmenden Angabe fast immer auf Reisen, hat erklärt, über den ganzen Verkehr mit der Handlung K. nichts aus eigener Wissenschaft angeben zu können, vielmehr, was er davon wisse, von seinem Bruder erst nach bereits eröffneter Untersuchung erfahren zu haben; eine Erklärung, deren Unwahrheit in den Acten in keiner Weise indicirt und von der Zolldirection auch nicht behauptet worden ist.

Und ebenso verhält es sich

b) mit F. W. A., dem einen Theilhaber der angeschuldigten Handlung G. u. A., indem auch dieser nach seiner, abseiten der Zolldirection als unwahr nicht bestrittenen Erklärung meistentheils auf Reisen, zur Zeit, wo die Waaren quaest. der Handlung K. übergeben worden, nicht in Frankfurt gewesen und über das betreffende Sachverhältniß ohne eigene Wissenschaft ist.

Allein

2) auch bei der Handlung K. liegt die Sache im Wesentlichen nicht anders. Denn wenngleich der nachträglich vernommene Theilhaber C. L. K. die ihm vorgelesenen Erklärungen seines Bruders J. D. H. in allen Theilen bestätigt und seine Verantwortlichkeit für

das Geschehene überall nicht abgelehnt hat, so fehlt es doch an jedem criminell rechtlichen Beweise darüber, worauf es allein ankommt, ob beide Brüder oder welcher derselben bei jeder einzelnen Handlung, durch welche eine Zollhinterziehung herbeigeführt worden ist, mitgewirkt hat.

Zu diesem Mangel des erforderlichen Beweises über den Reat der einzelnen Theilhaber tritt aber auch noch hinzu, daß nach der vom Appellationsgerichte bezeugten Frankfurtischen Praxis in Steuerstraffällen die Erkenntnisse auf Ersatz und Geldbußen gegen Handlungsfirmen unter solidarischer Verhaftung ihrer Theilhaber als correi ergehen.

Unter diesen Umständen konnte sich das Ober-Appellationsgericht denn auch nicht veranlaßt finden, eine Vervollständigung der Untersuchung hinsichtlich der Betheiligung der einzelnen Socii incriminirter Firmen bei den strafbaren Handlungen zu verfügen, und zwar um so weniger, als die Zolldirection, von welcher fortwährend die Untersuchung dirigirt ist, ohne den fraglichen Punkt näher feststellen zu lassen, die Acten als geschlossen dem Appellationsgerichte zur Aburtheilung übergeben hat.

IV. Die Zolldirection beschwert sich ferner, daß die Handlungen O., G. u. A. und H. nur in den vierfachen und nicht in den sechsfachen Betrag der hinterzogenen Zollgefälle als Strafe verurtheilt seien.

Diese Beschwerde ist aber völlig unbegründet.

Es ist ein bekannter Grundsatz des Strafrechts, daß, wer an dem Verbrechen eines Anderen Theil nimmt, welches nur wegen der persönlichen Verhältnisse dieses Anderen ein qualificirtes ist, nicht mit der Strafe des qualificirten, sondern nur des einfachen Verbrechens belegt werden kann. Nun trifft die Brüder K. die Strafe des sechsfachen Zollbetrags nur deßhalb, weil sie als Inhaber eines fortlaufenden Conto sich eines Unterschleifs mit den ihnen unverzollt anvertrauten Waaren schuldig gemacht haben. Folglich kann die obgedachten anderen Inculpaten, in deren Person dieses erschwerende Moment nicht eintritt, nur die Strafe der einfachen Zolldefraudation treffen.

Wenn die Zolldirection sich dawider auf den § 16. Abschn. 2 des Zollstrafgesetzes beruft, so ist das völlig unpassend, da dieser

Paragraph nicht von der Zolldefraudation unter erschwerenden Umständen, die im Abschnitt e. absolvirt ist, sondern nur im Allgemeinen von der Strafe der Theilnehmer handelt, also keine Ausnahme von dem obigen strafrechtlichen Grundsatze zu begründen geeignet und bestimmt ist.

V. Eine weitere Beschwerde der Zolldirection betrifft die statt Confiscation getroffenen Strafverfügungen.

Es sind aber diese Verfügungen für durchaus gerechtfertigt zu erachten.

Was nämlich

1) die Werthbestimmung der zu confisciren gewesenen, aber nicht mehr vorhandenen Waaren betrifft, so kann eben deßhalb, weil der Werthersatz nur an die Stelle der Confiscation tritt, es nur auf den Werth ankommen, den die Waaren selbst in den Händen der Zollbehörde gehabt haben würden; dies ist aber, da die Behörde nicht mit der Waare speculirt, nur der Fakturawerth, und zwar ist dieser um so mehr zum Grunde zu legen, als theils der Verkaufswerth ein durchaus ungewisser ist, theils die vorschriftsmäßige Verwerthung confiscirter Waaren durch die Zollbehörde in öffentlichen Auctionen bekanntlich selten auch nur den Fakturawerth erbringt. Auch ist in allen seither an das Ober-Appellationsgericht zur Entscheidung gelangten Zoll-Untersuchungssachen, ohne Widerspruch der Zolldirection, lediglich der Fakturawerth berücksichtigt worden;

ca. R. 1837.
„ S. St. 1852.
„ A. St. 1852.
„ H. H. St. 1852.

und es ist nicht recht verständlich, wie die Zolldirection sagen mag, daß bei Annahme nur des Fakturawerthes die Defraudanten gewissermaßen einen Gewinn machen würden.

Anlangend aber

2) die Frage, der Werth welcher Waaren zum Grunde zu legen sei, so kommen die E.'schen Waaren nach der Ausführung sub I. nicht in Betracht. Bei den übrigen, nicht auf dem Conto der Handlung K. angeschrieben gewesenen und gleichwohl von ihr abgeschriebenen (fremden) Waaren kommt dagegen allerdings der Werth derjenigen

contirten K.'schen Waaren in Anschlag, deren Entlastung vom Eingangszoll die Handlung K. sich dadurch ermöglicht hat. Da aber diese Waaren sich nicht ermitteln lassen, und daher der Werth derselben ebenfalls ein nicht festzustellender ist, sie aber natürlich derselben Gattung und Zollkategorie angehört haben, wie die fremden, so kann es nur gebilligt werden, wenn das Appellationsgericht unter Zugrundelegung des Fakturawerthes der letzteren die nach § 21 in. f. des Strafgesetzes loco confiscationis zu erlegende Summe bemessen hat.

Uebrigens ist die Bemerkung der Zolldirection über das vom Appellationsgericht bei Berechnung des Fakturawerthes der O.'schen Waaren sub 5 a. seines Erkenntnisses begangene Versehen völlig begründet. Der vom Hauptsteueramte ad acta gegebenen Berechnung des Werthes dieser Waaren, wonach der Einkaufspreis fl. 1461. 26 kr. beträgt, liegen die eigenen Angaben O.'s zum Grunde, die vom Appellationsgericht von obigem Einkaufspreise in Abzug gebrachten fl. 399. 54 kr. sind aber der Werth der den O.'schen beigepackten K.'schen Waaren, der natürlich von dem Gesammtwerthe der certificirten Waaren, nicht aber von dem der O.'schen Waaren in Abzug kommen durfte.

VI. Völlig frivol ist die für die Zolldirection aufgestellte weitere Beschwerde, daß nicht gegen die einzelnen Angeschuldigten bereits jetzt eine eventuelle Gefängnißstrafe erkannt sei.

Denn in der Berufungsschrift, welche die Zolldirection vor deren Einreichung durchgesehen hat, ist die Zahlungsfähigkeit aller Angeschuldigten ausdrücklich anerkannt; das Zollstrafgesetz aber, dessen genaue Kenntniß man bei der Zolldirection voraussetzen muß, schreibt in Art. 39 mit dürren Worten vor, daß nur dann, wenn die Fähigkeit der Angeschuldigten zur Zahlung der Geldbuße nicht außer Zweifel sei, zugleich auf die im Unvermögensfalle eintretende Freiheitsstrafe erkannt werden soll.

VII. Die Beschwerde der Zolldirection, welche die K.'schen Handlungsdiener betrifft, von welchen Circuläre unterzeichnet worden sind, findet

A. hinsichtlich der Lehrlinge M. und P., die einzigen, welche, weil noch in Frankfurt anwesend, vom Untersuchungsrichter haben vernommen werden können, durch die Ausführung sub I. ihre Er-

ledigung, da von diesen beiden Personen nur Certificate über E.'sche Waaren unterzeichnet sind. Das Gleiche gilt von den weiter in der Beschwerde genannten R. und K., welche auch nur solche Certificate unterzeichnet haben, welche aber gar nicht haben vernommen werden können.

Die Beschwerde kommt daher nur noch in Betracht

B. hinsichtlich des Lehrlings A., welcher die Certificate über Waaren von O., H. und G. u. A. und des Lehrlings W., welcher ein Certificat über H.'sche Waaren unterzeichnet hat.

Es konnte aber dem Antrage der Zolldirection, gegen diese, weil abwesend, noch zur Zeit nicht vernommenen Individuen die Einleitung einer besonderen Untersuchung zu verfügen, aus den vom Appellationsgericht in seinem Erkenntnisse unter Nr. 7. geltend gemachten Gründen nicht stattgegeben werden.

VIII. War nach den bisherigen Ausführungen in der Hauptsache die Berufung der Zolldirection in ihrem ganzen Umfange, mit alleiniger Ausnahme des unter V. gerügten Versehens der vorigen Urtheilsverfasser, als unbegründet zu verwerfen und das vorige Erkenntniß auch so weit den Angeschuldigten ungünstig im Wesentlichen zu bestätigen, so mußte auch über die Kosten der Berufungsinstanz, sowie im Urtheile geschehen, erkannt werden.

201.

In Zolluntersuchungs-Sachen

gegen

1) **J. H. B., J. F. M.** und **J. E. M.** als vormalige Theilhaber der aufgelösten Handlung **H. G.** und **Comp.** wegen mißbräuchlicher Benutzung ihres Conto und Zolldefraudation, und

2) **J. F. E.**, Inhaber der Handlung **J. F. E. Sohn**, wegen Theilnahme an dem angeschuldigten Vergehen.

Das in obiger Sache ergangene Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes vom 11. Juli 1859 behandelt einen den Rechtsfragen nach mit Nro. 200 gleichartigen Fall, und die Ausführungen der Entscheidungsgründe sind im Wesentlichen dieselben. Von Interesse ist nur die etwas anders gefaßte Ausführung, durch welche die Anwendbarkeit der §§ 13 und 16. alin. 1 des Zollstrafgesetzes auf Fälle der fraglichen Art zurückgewiesen wird. Diese Ausführung lautet:

Die Zolldirection beschwert sich II., daß nicht jeder der drei Theilhaber der Handlung G. u. Comp. für straffällig erachtet und nicht, weil eine Vereinigung von mehr als zwei Personen zur Begehung der fraglichen Zollvergehen stattgefunden, gegen jeden der § 13 des Zollstrafgesetzes angewendet, eventualiter, daß nicht gegen jeden nach § 16. alin. 1 u. 2 die volle Gesetzesstrafe erkannt sei.

Nun kann aber

A. von einer Anwendung des § 13 und des § 16. alin. 1, insofern hier eine Verbindung Mehrerer zum Zwecke einer Zolldefraudation und eine gemeinschaftliche Ausführung vorausgesetzt wird, schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil die einzigen beiden Fälle, in welchen eine Zollhinterziehung zu bestrafen ist, solche sind, wo solchen Waaren, die E. über das G.'sche Conto eingeführt hatte

und wieder zur Ausführung den Angeschuldigten zugehen ließ, andere nicht auf deren Conto angeschriebene bereits verzollte Waaren beigepackt waren, nun aber die Theilhaber der Handlung G. betheuern, den Umstand, daß nicht alle von ihnen certificirten Waaren nicht auf ihr Conto eingeführt gewesen seien, nicht gewußt zu haben, womit auch die Erklärung E.'s übereinstimmt. Denn wenn gleich dieser, ihrer behaupteten Unkenntniß ungeachtet, mit Recht eine Zollhinterziehung als verschuldet angenommen worden ist, so steht doch jene Behauptung, deren Wahrheit die Zolldirection nicht bestritten hat, der Annahme eines Complots, welches die angezogenen Gesetze voraussetzen, entschieden entgegen, und es würden daher schon aus diesem Grunde dieselben, wenn sie auch übrigens auf Fälle der vorliegenden Art paßten, was nach der in Sachen ca. K. und Consorten gegebenen Ausführung nicht der Fall ist, hier keine Anwendung leiden.

Es kommt daher nur

B. die Bestimmung des § 16. alin. 2 in Frage, wonach Jeden, der an einer Zolldefraudation als Urheber Theil nimmt, die volle Strafe des Vergehens trifft.

202.

Gebrüder Schloß zu Frankfurt, Kläger gegen **Söhnlein** und **Dennemann** daselbst, Beklagte, einen Handel über zwei amerikanische Cigarrenmaschinen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 26. Februar 1858.

In Erwägung, daß

1) die Kläger ihre Klage darauf gründen, daß die Beklagte am 14. Juli 1857 zwei amerikanische Cigarrenmaschinen von Hirschfeld u. Jender in Hamburg um den Preis von Thlr. 450 per Stück von ihnen (den Klägern) erkauft, beziehungsweise die Anfertigung dieser Maschinen bestellt hätten, jetzt aber den Bezug und die Bezahlung derselben verweigerten;

2) — — — die Beklagten den Abschluß des Geschäfts selbst einräumen müssen, nun aber

3) die Beklagte die Einreden des nicht erfüllten Vertrags vorschützen, indem sie behaupten, daß die fraglichen amerikanischen Cigarrenmaschinen nicht die Leistungsfähigkeit hätten, welche die Kläger den Beklagten ausdrücklich versprochen und zugesichert hatten und welche darin bestehen, daß a) — — —

4) die Beklagten behaupten, daß die amerikanischen Cigarrenmaschinen von Hirschfeld u. Jender überhaupt, und sonach auch die nach diesem System construirten, hier in Rede stehenden beiden Maschinen die von den Klägern versprochenen, sub 3 a. bis h. aufgezählten Eigenschaften nicht besäßen, daß vielmehr a) — — —

5) die Kläger in Abrede stellen, daß sie den Beklagten die erwähnten Zusicherungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Maschinen gemacht, eventuell behaupten, daß die Maschinen alles dasjenige leisten,

was sub 3 a. bis h. aufgezählt, — sonach den Beklagten der Beweis der von ihnen behaupteten klägerischen Zusicherungen aufzugeben, den Klägern aber der Beweis ihrer eventuellen Replik, daß die Maschinen die bezüglichen Eigenschaften wirklich hatten, nachzulassen, wogegen es in letzterer Hinsicht den Beklagten unbenommen ist, gegenbeweislich darzuthun, daß die Maschinen nur die sub 4 a. bis c. angeführte Leistungsfähigkeit, resp. die dort angegebenen Mängel hätten;

6) — — — — — — — — — — — —

7) — — — — — — — — — — — —

8) die Beklagten in der Vernehmlassung behaupten, der Mitkläger Louis Schloß habe am 26. November 1857 im Beisein seines Associés dem Mitbeklagten Jacob Söhnlein erklärt: „daß diese amerikanischen Cigarrenmaschinen, wie sie jetzt seien, d. h. ohne die neuerdings erfundenen Verbesserungen, keinen Kreuzer werth seien," in dieser (von den Klägern verabredeten) Erklärung aber — ihre Wahrheit vorausgesetzt — ein Zugeständniß liegen würde, daß die Kläger den Beklagten ein völlig unbrauchbares und werthloses Object verkauft hätten, dessen Bezug und Bezahlung die Beklagten mit Recht verweigern könnten — hiernach also den Beklagten die fragliche Einräumung des Louis Schloß zum Beweis zu verstellen ist, wogegen die Kläger gegenbeweislich darthun können, daß Louis Schloß bei jener Unterredung nur gesagt habe: „daß die Maschinen, wenn sie auf die von Jacob Söhnlein angedeutete Weise gebraucht würden, nicht viel werth seien, und daß die Anwendung, welche die Beklagten von der Maschine machten, nichts tauge;

9) die Einrede der enormen Verletzung insofern zuläßig und wirksam sein würde, als die Beklagten nachweisen könnten, daß der wahre und rechte Werth der fraglichen Maschine zur Zeit des Kaufs dahier nicht einmal Thlr. 225 betragen habe, indem der Umstand, daß die gedachte Erfindung mit obrigkeitlicher Sanction der ausschließlichen Ausbeutung der Kläger an hiesigem Platze überlassen ist, keineswegs verhindern kann, daß diese Maschinen dahier im Handel und Verkehr einen gemeinen Werth erhalten, und es ja denkbar wäre, daß die Kläger zu der in Rede stehenden Zeit mehrfache Verkäufe zu dem Preis von unter Thlr. 225 dahier abgeschlossen und solchergestalt selber den nach § 9. Ref. II. 2. als Kriterium der Verletzung

geltenden wahren und rechten Werth des Kaufobjects festgestellt hätten — während die Leistungsfähigkeit und etwaigen Mängel der Maschinen hier außer Betracht bleiben müssen, und ebenso auch darauf nichts ankommen kann, wieviel die Kläger selbst für diese Maschine bezahlt haben, wogegen die Einrede der enormen Verletzung in dem Fall elidirt sein würde, wenn sich die Behauptung der Kläger als wahr erwiese, daß die Beklagten zur Zeit des Kaufs gewußt, daß sie zu theuer gekauft, d. h. daß sie den wahren Werth des Objects gekannt hätten.

Vergl. Glück, Comm. Bd. 17. S. 81.

10) — — — — — — — — — — — —

11) in dem von den Beklagten anerkannten Brief ein Verzicht derselben auf ihre nunmehr erhobene Einwendung nicht gefunden werden kann, da dieser Brief zwar die Absicht der Beklagten, von dem Handel entbunden zu werden, hingegen keinerlei positive Einräumung hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Maschinen enthält, und sonach den Rechten der Beklagten bezüglich der jetzt gerügten Mängel in keiner Weise präjudicire, wobei noch in Betracht kommt, daß die Kläger zugeben müssen, daß die Einübung der Arbeiter auf den Gebrauch der Maschine eine geraume Zeit erfordere, daher die Angabe der Beklagten, daß sie zur Zeit, als der fragliche Brief geschrieben worden, und noch später eifrig bemüht gewesen seien, mittelst Verwendung geschickter Arbeiter der Maschine die versprochene Leistungsfähigkeit abzugewinnen, an keiner inneren Unwahrscheinlichkeit leidet;

12) — — — — — — — — — — — —

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

Die Beklagten haben binnen 14 Tagen rechtsgehörig zu beweisen:

entweder

I. daß der Mitkläger Louis Schloß am 26. November 1857 dem Mitbeklagten Jacob Söhnlein erklärt habe, die amerikanischen Cigarrenmaschinen von Hirschfeld u. Jender, so wie sie jetzt seien, d. h. ohne die neuen Verbesserungen, seien keinen Kreuzer werth;

oder

II. daß die Kläger bei Abschluß des fraglichen Kaufgeschäftes den Beklagten versprochen und zugesichert, daß die fraglichen Maschinen die sub 3 a. bis h. oben angegebene Leistungsfähigkeit, beziehungsweise die dort angeführten Eigenschaften hätten;

oder

III. daß der wahre und rechte Werth der fraglichen Maschinen zur Zeit des in Rede stehenden Kaufgeschäfts (Juli 1857) an hiesigem Platze unter Thlr. 225 gewesen sei.

Den Klägern wird zu diesen Beweissätzen I. bis III. der Gegenbeweis im Allgemeinen, sowie ferner speciell der Beweis ihrer Repliken dahin vorbehalten:

ad II. daß die fraglichen Maschinen die sub 3 a. bis h. angegebenen Eigenschaften und Leistungsfähigkeit wirklich hätten;

und

ad III. daß die Beklagten zur Zeit des Kaufs den wahren Werth der Maschinen gekannt hätten, und soll, je nach Führung dieser Beweise, weiter in der Hauptsache und der Kosten wegen erkannt werden, was Rechtens. —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 7. Juni 1859.

Auf beiderseitige Appellation.

I. Zu den Beschwerden der Klägerin.

A. Die beiden ersten Beschwerden sind, insoweit sie die Klägerin darauf gerichtet hat, daß nicht die Beklagte unter Verwerfung der Einreden des nicht erfüllten Vertrags und der Verletzung über die Hälfte sofort dem Klagantrag gemäß verurtheilt worden ist, unbegründet. — —

Was die Fassung des Beweissatzes betrifft, so ist der Antrag der Klägerin, denselben auf den „gemeinen Werth“ oder „Marktpreis“ zu richten, zu verwerfen, da die Worte „der rechte und wahre Werth“, womit nur der gemeine Werth gemeint sein kann, in dem stadtgerichtlichen Erkenntniß dem justum et verum pretium in

const. 2. 6. de rescind. vendit. 4. 44.

entsprechen, und da auch die Reformation in

Th. II. tit. 2. § 8. 9.

den Ausdruck „rechter Werth“ gebraucht.

Dagegen hat die Beweisauflage unter I. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses,

daß der Mitkläger Louis Schloß am 26. November 1857 dem Mitbeklagten Jacob Söhnlein erklärt habe, die amerikanischen Cigarrenmaschinen von Hirschfeld u. Jender, so wie sie jetzt seien, d. h. ohne die neuen Verbesserungen, seien keinen Kreuzer werth,

hinwegzufallen.

Nach der Ansicht des Stadtgerichts ist durch diese Erklärung, ihre Wahrheit vorausgesetzt, der Beweis geführt, daß die Klägerin der Beklagten ein völlig unbrauchbares und werthloses Object verkauft habe. Nun hat aber die Beklagte selbst gar nicht behauptet, daß die ihr verkauften Cigarrenmaschinen unbrauchbar und werthlos seien. Sie hat zwar in der Vernehmung bemerkt, daß diese Maschinen die von der Klägerin zugesicherte Leistungsfähigkeit nicht besitzen, dagegen hat sie auf S. 7 deren wirkliche Leistungsfähigkeit, wie sich dieselbe ihrer Ansicht nach darstellt, genau beschrieben und den Werth einer solchen Maschine zu Thlr. 180 angegeben. Hiernach würde durch die von der Beklagten behauptete, oben erwähnte discursive Aeußerung des Mitverkäufers Louis Schloß, selbst wenn sie erwiesen wäre, gegenüber den genauen und bestimmten Angaben, welche die Beklagte ihrerseits bezüglich der Leistungsfähigkeit und des Werths der ihr verkauften Maschinen gemacht hat, deren Unbrauchbarkeit und Werthlosigkeit keineswegs dargethan sein. Der erste Beweissatz ist hiernach zu streichen, der Beklagten bleibt es jedoch unbenommen, den im Abschnitt 5. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses erwähnten Gegenbeweis, sowie den Beweis unter III. auch auf jene angebliche Aeußerung zu richten.

B. Die dritte Beschwerde ist theilweise begründet. Die Beklagte hat in ihrem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 21. September 1857 wörtlich Folgendes bemerkt:

Wir ersuchen Sie, uns mitzutheilen, ob Sie uns von unserer Verpflichtung, zwei Maschinen von Ihnen zu nehmen, für entbunden erachten;

damit also ausgesprochen, daß sie zur Annahme der ihr verkauften zwei Cigarrenmaschinen verpflichtet sei.

War es nun der Beklagten am 21. September 1857 bekannt, daß die ihr verkauften zwei Cigarrenmaschinen die in der Vernehmung beschriebene, angeblich von der Klägerin zugesicherte Leistungs-

fähigkeit nicht besitzen, sowie daß der Werth einer jeden dieser Cigarrenmaschinen zur Zeit des Kaufabschlusses dahier unter Thlr. 225 gewesen sei, und hat sie demohnerachtet an jenem Tage der Klägerin gegenüber ihre Verbindlichkeit zum Bezug der erwähnten, für fl. 1575 erkauften, zwei Cigarrenmaschinen unbedingt und vorbehaltlos anerkannt, so hat sie damit offenbar auf alle Einwendungen, die sie aus der ungenügenden Leistungsfähigkeit und dem geringen Werth dieser Maschinen herleiten könnte, verzichtet. Dagegen würde, wie sich von selbst versteht, ein solcher Verzicht in dem Schreiben vom 21. September 1857 in dem Fall nicht gefunden werden können, wenn die Beklagte erst nach Erlaß dieses Schreibens mit der ungenügenden Leistungsfähigkeit und dem geringen Werth der Maschine bekannt geworden wäre. Nun hat die Klägerin in ihrer Gegenerklärung und in dem Nachtrag zur Gegenerklärung bestimmt angegeben, daß die Beklagte bereits am 21. September 1857 die von ihr behauptete ungenügende Leistungsfähigkeit und den von ihr behaupteten geringen Werth der Maschinen, die Richtigkeit dieser Behauptung vorausgesetzt, gekannt habe, während die Beklagte in ihrer Schlußerklärung ebenso bestimmt in Abrede gestellt hat, daß sie schon am 21. September 1857 mit den jetzt von ihr gerügten Mängeln der Maschinen, sowie mit dem wirklichen Werth, den dieselben am Tage des Kaufabschlusses gehabt haben, bekannt gewesen sei.

Hiernach muß dem eventuellen Antrag der Klägerin gemäß dieselbe alternativ mit dem Replikenbeweis zu II. der weitere Replikenbeweis:

> daß die Beklagte am 21. September 1857 gewußt habe, daß die fraglichen Maschinen die unter 3 a. bis h. angegebenen Eigenschaften und Leistungsfähigkeit nicht besitzen,

vorbehalten und in den Replikenbeweis zu III. hinter die Worte „zur Zeit des Kaufs" der Zusatz „oder am 21. September" aufgenommen werden.

II. Die Beschwerde der Beklagten ist unbegründet. — — —

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 26. Februar 1858 dahin theils abgeändert, theils bestätigt:

1) der Beweissatz unter I. hat hinwegzufallen;
2) die Beweissätze unter II. und III. werden bestätigt;
3) den Klägern wird zu den Beweissätzen unter II. und III.

der Gegenbeweis im Allgemeinen, sowie ferner speciell der Beweis ihrer Repliken dahin vorbehalten:

Zu II.

entweder

daß die Beklagten am 21. September 1857 gewußt haben, daß die fraglichen Maschinen die unter 3 a. bis h. angegebenen Eigenschaften und Leistungsfähigkeit nicht besitzen,

oder

daß die fraglichen Maschinen die unter 3 a. bis h. angegebenen Eigenschaften und Leistungsfähigkeiten wirklich haben.

Zu III.

daß die Beklagten entweder zur Zeit des Kaufs, oder am 21. Septbr. 1857 den wahren Werth der Maschinen gekannt haben.

4) Die Beklagten haben den Klägern ein Fünftel der ihnen in dieser Instanz erwachsenen Kosten zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 18. Juli 1859.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und Materialien anlangend, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 7. Juni v. J., soweit es angefochten worden, zwar soviel die Aufhebung des im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 26. Februar v. J. sub I. den Beklagten nachgelassenen Beweises und den Kostenpunkt betrifft, zu bestätigen, im Uebrigen aber das gedachte Stadtgerichts-Urtheil wieder herzustellen sei.

Die Kosten dieser Instanz sind zur einen Hälfte zu compensiren, in die andere Hälfte dagegen die Beklagten zu verurtheilen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde der Beklagten betrifft die vom Appellationsgericht erkannte Aufhebung der ihnen vom Stadtgerichte nachgelassenen ersten Beweisalternative über die angebliche Aeußerung des Mitklägers Louis Schloß vom 26. November 1857.

Dieselbe ist jedoch unbegründet.

Es kommt nämlich für die Verwerflichkeit der aus jener Aeußerung hergenommenen besonderen Einrede außer dem vom Appellationsgericht geltend gemachten formellen Grunde noch Folgendes in Betracht.

Die Beklagten geben selbst zu, daß die vom Mitkläger Louis Schloß am 26. November 1857, also nach bereits insinuirter Klage (14. November) gethane Aeußerung, die amerikanischen Maschinen, so wie sie jetzt beschaffen, seien keinen Kreuzer werth, nicht wörtlich zu verstehen sei; wie sich das ja auch von selbst ergibt. Ferner setzen sie selbst diese Aeußerung in Verbindung mit dem Versuche der Kläger, sie zu bestimmen, sich mit ihnen wegen einer neuerdings erfundenen Verbesserung dieser Art Maschinen zu verständigen. Sie bildet also den Gegensatz zu der Anpreisung dieser Verbesserungen, und ist nur in Verbindung mit ihr aufzufassen, — also etwa dahin, daß durch die erfundenen Verbesserungen die Leistungsfähigkeit so erhöht sei, daß im Vergleich damit der Werth der früheren sehr verschwinde. Hat daher auch Louis Schloß, um die Beklagten zu bestimmen, sich mit den Klägern wegen dieser Verbesserungen zu einigen und dadurch dem Prozesse über die zu empfangenden unverbesserten amerikanischen Maschinen ein Ende zu machen, über die Unvollkommenheit dieser letzteren sich etwas übertrieben geäußert, so läßt sich darin ein außergerichtliches Geständniß ihrer völligen Unbrauchbarkeit und Werthlosigkeit, welches geeignet wäre, daraus eine selbstständige Einrede herzunehmen, nicht erblicken, und zwar besonders deßhalb nicht, weil gar nicht constirt, worin denn die Leistungsfähigkeit der verbesserten Maschine besteht.

Dem Antrage auf Herstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses in diesem Punkte kann daher um so weniger stattgegeben werden, als das Stadtgericht den Klägern gegen den den Beklagten auferlegten Beweis jener Aeußerung nicht einmal den Beweis ihrer Behauptung

nachgelassen hat, daß die amerikanischen Maschinen die angeblich zugesicherten Eigenschaften wirklich haben, während es doch klar ist, daß, wenn die Kläger diesen Beweis führen sollten, es auf jene Aeußerung gar nicht weiter ankommt. Dagegen mußte es darüber, daß das Appellationsgericht in seinen Gründen den Beklagten nachgelassen hat, sich des Beweises der gedachten Aeußerung des Louis Schloß nicht nur zur Erbringung des Beweises der laesio enormis, sondern auch zum Gegenbeweise gegen den klägerischen Beweis des Vorhandenseins der angeblich zugesicherten Leistungsfähigkeit der verkauften Maschinen zu bedienen, sein Bewenden behalten, da hiergegen von den Klägern keine Beschwerde erhoben worden ist.

II. Die zweite Beschwerde geht dahin, daß vom Appellationsgericht in dem Briefe der Beklagten vom 21. September 1857, vorausgesetzt, daß letztere damals die den Zusagen nicht entsprechende Leistungsfähigkeit und den jetzt behaupteten Minderwerth der Maschine gekannt, ein Verzicht auf die im Prozesse daraus hergenommenen Einwendungen gefunden worden sei; und diese Beschwerde ist eine gegründete.

Zwar stellen die Beklagten nicht in Abrede, daß ihrem Briefe vom 21. September eine Aufforderung des klägerischen Anwalts, die Maschinen zu beziehen, also eine Bedrohung mit gerichtlichen Schritten vorangegangen sei. Da sie ferner selbst angeben, die anderweitig verkaufte amerikanische Maschine längst vor angestellter Klage, also auch lange vor dem nur 8 Tage vorher geschriebenen Briefe vom 21. September erhalten zu haben, so läßt sich kaum bezweifeln, daß das Ergebniß der vielfachen Proben, welche sie mit dieser Maschine angestellt haben wollen, bereits am 21. September ihnen vorgelegen habe; endlich sagen sie in dieser Instanz selbst, daß der Ankauf jener anderen Maschine sie überzeugt habe, von den Klägern enorm lädirt worden zu sein. Und so ist es allerdings auffallend, daß sie in jenem Schreiben die aus beiden Umständen im Prozesse hergenommenen Einwendungen auch nicht einmal leise andeuten, sondern so schreiben, als seien sie zur Erfüllung des Kaufcontracts an sich verpflichtet.

Allein

1) eine unbedingte Anerkennung dieser ihrer Verpflichtung, ein

Verzicht auf jene Einwendungen, läßt sich, selbst wenn die Beklagten über die Leistungsfähigkeit und den Preis der amerikanischen Maschine damals schon völlig im Klaren sich befanden, aus ihrem Briefe juristisch nicht folgern und zwar schon darum nicht, weil er ein Versuch war, die Kläger zu bewegen, aus Billigkeitsrücksichten, wegen der angeblichen Ungewißheit, ob Beklagte von den gekauften Maschinen im Nassauischen würden Gebrauch machen dürfen, sie ihrer Verbindlichkeit gegen eine kleine Entschädigung zu entlassen und es, eben weil sie an die Billigkeit der Kläger appellirten, nicht klug gewesen wäre, die Frage, ob sie überall verpflichtet seien, anzuregen, zumal sie dies nicht thun konnten, ohne zu verrathen, daß sie sich bereits auf anderem Wege in den Besitz einer amerikanischen Maschine gesetzt hatten.

Eben so wenig aber läßt sich die Entscheidung des Appellationsgerichts

2) aus dem von den Klägern in dieser Instanz geltend gemachten Gesichtspunkt rechtfertigen, weil nach den Grundsätzen der bona fides und nach Handelsgebrauch die Beklagten ihre Einwendungen gegen den Kauf, wenn sie ihnen, als sie den Brief vom 21. September schrieben, bekannt gewesen seien, gleich damals hätten geltend machen müssen und daher jetzt nicht damit gehört werden könnten. Denn die Grundsätze, aus denen der geltend gemachte Handelsgebrauch hervorgegangen ist, treten nur dann ein, wenn man eine gekaufte Waare übersendet erhalten und angenommen hat, ohne sofort oder doch binnen einer gewissen Frist die Nichtempfangbarkeit oder die Mängel der Waare zu rügen, können aber unmöglich in einem Falle angewendet werden, wie der vorliegende, wo die Beklagten die bestellten Maschinen noch gar nicht erhalten haben, sondern erst zu deren Bezug aufgefordert wurden. Hier läßt sich eine Verpflichtung der Beklagten, statt noch erst einen Versuch zu machen, auf einem anderen Wege von dem Handel los zu kommen, sofort die Rechtsgründe geltend zu machen, warum sie nicht an denselben gebunden, sondern auf dessen Rescission anzutragen sich befugt erachteten, in keiner Weise behaupten.

Es war daher in diesem Punkte das Stadtgerichts-Erkenntniß wieder herzustellen.

Was endlich

III. die dritte, auf den Kostenpunkt sich beziehende Beschwerde

betrifft, so war dieselbe zu verwerfen. Das Appellationsgericht hat die Appellation der Beklagten gänzlich verworfen, von den fünf Beschwerden der Kläger dagegen zwei theilweise berücksichtigt. Sind gleichwohl Beklagte nur in ein Fünftel der den Klägern in voriger Instanz erwachsenen Kosten verurtheilt worden, so ließe sich eher fragen, ob in diesem Punkte nicht schon zu günstig für sie erkannt sei, erscheint mithin ihr Antrag, die Klägerin in die Kosten der vorigen Instanz zu verurtheilen, eventuell dieselbe durchgängig zu compensiren, als völlig unbegründet.

Ueber die Kosten dieser Instanz mußte bei nur theilweise erfolgender Reformatoria, sowie im Urtheile geschehen, erkannt werden.

203.

Theodor Küchler zu Frankfurt, Kläger, gegen **A. Schönleber** aus Bietigheim (in Württemberg), Beklagten, Forderung und Arrest betreffend.

Der hiesige Bürger und Handelsmann Th. Küchler hatte wegen einer ihm angeblich von der Firma Wüstenfeld u. Comp. cedirten Forderung an A. Schönleber aus Bietigheim gegen diesen zur Begründung des Forums und Sicherung des Streitobjectes auf hiesige Activa des Imploraten Arrest erwirkt und Klage erhoben. Nach rechtskräftig bestätigtem Arrest opponirte Beklagter in der Hauptsache, die Cession an Küchler sei nur simulirt, ein verkleidetes Mandat. — Das Stadtgericht ließ in dem Erkenntnisse vom 13. October 1858 über diese Einrede Beweis nach, und die hiergegen erhobene Appellation resp. Ober-Appellation des Klägers wurde durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 6. December 1858 und des Ober-Appellationsgerichts vom 19. Juli 1859 verworfen.

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts.

Seine Prinzipalbeschwerde, daß nicht unter Verwerfung der, der Cessionsurkunde entgegengesetzten Einrede der Simulation Beklagter der Klagbitte gemäß verurtheilt worden, stützt Kläger lediglich auf die Illiquidität jener Einrede, indem er argumentirt: das Rechtsgeschäft, welches nach der Behauptung des Beklagten unter jener „Cession“ verborgen liegen solle — ein Auftrag von Julius Wüstenfeld u. Comp. in Hamburg an Küchler, die libellirte Forderung für ihre, der Mandanten Rechnung einzuziehen —, würde den Kläger in seiner Eigenschaft als Mandatar der eigentlichen Forderungsberechtigten zur Anstellung der vorliegenden Klage ebenfalls legitimiren, die Einrede der Simulation

führe also nicht zur Elidirung des Klaganspruchs, sondern bezwecke nur die Wiederaufhebung des angelegten Arrestes, dessen Rechtmäßigkeit allerdings dadurch bedingt sei, daß die fragliche Forderung nicht dem genannten Hamburger Hause, sondern dem Kläger, der ein Frankfurter sei, zustehe, es sei die Einrede folgeweise als eine im Arrestprozesse vorgeschützte zu behandeln und deren Berücksichtigung an das Erforderniß sofortiger Liquidität geknüpft. — Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

1) Wo — wie im vorliegenden Falle — der Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes impetrirt ist, muß es dem Beklagten unbenommen sein, seine Vertheidigung in der Hauptsache, für welche selbstverständlich das Erforderniß sofortiger Liquidität nicht besteht, auch gegen die Arrestanlage zu richten und mit dieser den einzigen Grund für die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts zu beseitigen. Daran wird er auch durch die Rechtskraft des Decrets, mittelst dessen der Arrest angelegt, resp. bestätigt worden, nicht verhindert. Denn die Arrestanlage hat überall nur einen provisorischen Charakter, und die Wirkung der Rechtskraft jenes Decrets besteht nur darin, daß der Arrest bis zur Erledigung der Hauptsache factisch bestehen bleibt, nicht aber darin, daß derselbe jetzt schon als ein in rechtmäßiger Weise angelegter angesehen werden müßte, was sich vielmehr immer erst mit der endlichen Entscheidung des ganzen Prozesses herausstellt.

Prov.-Proz.-Ordn. Art. 61.

2) In seiner Vernehmlassung auf die Klage hat freilich Beklagter die Einrede der Incompetenz nicht ausdrücklich vorgeschützt, und es gewinnt nach der ganzen Haltung seiner Vertheidigung, namentlich auch noch in gegenwärtiger Instanz, fast den Anschein, als habe er der Competenz der Frankfurter Gerichte sich unterwerfen und von der Einrede der Simulation nur zu dem Zwecke Gebrauch machen wollen, um eine definitive Abweisung der Klage herbeizuführen. Allein auch unter diesem Gesichtspunkte muß die Einrede für zulässig und begründet erachtet werden. Der vom Ober-Appellationsgericht wiederholt zur Anwendung gebrachte Satz, daß einem klagenden Cessionar gegenüber die Einrede simulirter Cession zu verwerfen sei, weil der Kläger, im Fall des Nachweises derselben, doch als Mandatar des Cedenten legitimirt bleibe, wird lediglich darauf gegründet, daß der Regel nach der

Beklagte kein materielles Interesse dabei habe, ob der Kläger als Cessionar oder als Mandatar zur Klage legitimirt erscheine, er findet folgeweise dann keine Anwendung, wenn — nach der Lage der Sache — ein besonderes Interesse des Beklagten dabei obwaltet, daß die Eigenschaft des Klägers als Cessionar festgestellt werde. Ein derartiges Interesse liegt aber — wie das Ober-Appellationsgericht bereits in einer der vorliegenden ganz ähnlichen Sache anerkannt hat,

Pörtner ca. Herrmann. Frankfurt. 1849.*)

auch abgesehen von der Competenzfrage in der Arrestanlage, zu deren Erwirkung Kläger nur in der Eigenschaft eines Cessionars, nicht in der eines Mandatars befugt war, und ist vorliegend um so weniger zu verkennen, als die Beschlagnahme eines ansehnlichen activum durch einen einzelnen Gläubiger, wie Beklagter richtig bemerkt, in hohem Grade geeignet erscheint, das von diesem beabsichtigte Arrangement mit seinen übrigen Gläubigern zu erschweren und vielleicht ganz zu vereiteln.

3) Wenn sich Kläger dafür, daß die Einrede der Simulation wegen mangelnder Liquidität verworfen werden müsse, auf die Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts vom 13. Januar 1857 in Sachen Lachmann ca. Klett**) wegen Arrestes für eine Legatenforderung berufen hat, so trifft dies nicht zu. In der genannten Sache hatte Beklagter vor der Vernehmlassung in der Hauptsache und unabhängig von dieser gegen den angelegten Arrest insbesondere auch deßhalb remonstrirt, weil eine simulirte Cession vorliege, und nur in Beziehung auf diese im Arrestprozesse vorgeschützte Einrede ist vom Ober-Appellationsgerichte ausgesprochen worden, daß sie nicht hinlänglich bescheinigt sei, um auf Grund derselben den Arrest aufheben zu können. In seiner Vernehmlassung auf die Klage hatte Beklagter seine gesammten Einwendungen gegen den Arrest wiederholt, und darauf die Einrede der Incompetenz gegründet. Das Ober-Appellationsgericht hat aber keine Veranlassung gehabt, sich über diese Einrede auszusprechen, da es — nach Maßgabe der ihm vorliegenden Beschwerden, zunächst nur die materiellen Gründe, aus denen Kläger in

*) Siehe Seite 67.

**) Siehe Band III. Seite 56.

zweiter Instanz mit seiner Klage abgewiesen worden, einer Prüfung zu unterziehen hatte.

cf. Urtheil von demselben Tage in Sachen Klett ca. Lachmann wegen Legatenforderung.*)

B. Die eventuelle Beschwerde, daß dem Kläger nicht der Beweis der Thatsachen nachgelassen worden, auf welche er seine Replik des dolus stützte, ist so offenbar grundlos, daß es überflüssig erscheint, den betreffenden Entscheidungsgründen der vorigen Gerichte noch ein Wort hinzuzufügen.

Auszug aus den Seite 66 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Pörtner ca. Herrmann. 1849.

Hinsichtlich der vom Beklagten gegen die Cession vorgebrachten Einrede der Simulation beschwert sich der Kläger, daß dem Beklagten ein Beweis darüber nachgelassen und derselbe nicht sofort verworfen sei, weil, wenn auch die Cession simulirt wäre, der Kläger doch immer durch das hierin liegende Mandat zur Klage legitimirt sein würde. Allein es kommt hier nicht bloß auf die Legitimation des jetzigen Klägers an, sondern derselbe hatte nur als wirklicher Cessionar vermöge des ihm persönlich als Frankfurter Bürger zustehenden Vorrechtes die Befugniß, gegen den Beklagten einen Arrest zu erwirken, nicht aber als Mandatar eines Ausländers; der Beklagte hatte also ein wesentliches Interesse, das wegen der geleisteten Bürgschaft noch fortbesteht.

*) Siehe Band III. Seite 53.

204.

K., geb. E., Klägerin gegen **ihren Ehemann**, Beklagten, Ehescheidung, insbesondere provisorische Trennung betreffend (causa I).

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 25. October 1858.

In Erwägung, daß

1) der Antrag der Klägerin auf provisorische Trennung für die Dauer des Ehescheidungsprozesses*) in der Weise gestellt wurde, daß das Stadtgericht die Fortdauer der in Folge beiderseitigen Einverständnisses längst und schon vor erhobener Klage vollzogenen vorläufigen Trennung gestatten möge, nun aber

2) ein auch nur temporäre Trennung bezweckender Vertrag unter Ehegatten, als gegen das Wesen der Ehe verstoßend, für unerlaubt und unverbindlich erachtet werden muß und für das Gericht kein rechtliches Motiv zu einer provisorischen Trennung abzugeben vermag, überhaupt

3) die rechtlichen Wirkungen und Folgen einer abgeschlossenen Ehe bei dem Ehescheidungsprozesse ohne dringende Ursachen möglichst aufrecht zu erhalten sind und der Prozeß als solcher noch keinen Grund zur provisorischen Trennung während dessen Dauer abgibt, eine solche Trennung vielmehr nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn das Zusammenleben von Ehegatten während des Rechtsstreites Nachtheile für deren Leben, Gesundheit oder auch Moralität befürchten lassen sollte, solche Befürchtungen jedoch in dem vorliegenden Falle nicht indicirt sind, vielmehr Klägerin nach dem Inhalt ihrer eigenen Briefe, obgleich sie damals von der von ihrem Ehemanne im Juni

---

*) Siehe Band V. Seite 78.

1857 begangenen und von diesem nach den Acten eingestandenen ehelichen Untreue Kenntniß hatte, dennoch ein Wiederzusammenleben mit ihm ersehnt und erstrebt, dadurch also selbst bekundet, daß sie aus diesem Zusammenleben mit ihrem Ehemann, ungeachtet der ihm zur Last liegenden Untreue, Nachtheile in der angegebenen Richtung nicht befürchtet, wogegen

4) ihr vom Beklagten widersprochenes weiteres Vorbringen, daß Beklagter seinen ehebrecherischen Umgang später fortgesetzt, zur Zeit mit nichts bescheinigt ist und daher dermalen eine rechtliche Berücksichtigung nicht zu finden vermag —

aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Es wird der von der Klägerin gestellte Antrag auf provisorische Trennung zur Zeit verworfen und ihr nach dem Antrage des Beklagten vom 4. August l. J. aufgegeben, binnen 14 Tagen nebst den Kindern, unter Rückbringung des mitgenommenen Hausraths und der sonstigen Effecten, zum Beklagten in die eheliche Wohnung zurückzukehren, auch Klägerin schuldig erkannt, die Kosten dieses Zwischenverfahrens allein zu tragen, beziehungsweise dem Beklagten vorgängiger Taxation zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 22. December 1858.

Auf Appellation der Klägerin.

In Erwägung, daß,

A. die erste Beschwerde anbelangend, die Abweisung des klägerischen Antrags auf provisorische Trennung während des Rechtsstreites aus den in dem stadtgerichtlichen Erkenntniß vom 25. October 1858 angeführten Gründen vollkommen gerechtfertigt erscheint,

B. die zweite gegen den Bescheid vom 1. November 1858 gerichtete Beschwerde anbelangend, dagegen zwar das richterliche Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob in einem Falle, wo es sich um provisorische Trennung von Eheleuten handelt, den gegen deßfallsige Verfügungen ergriffenen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung zu versagen sei oder nicht, daß jedoch in dem vorliegenden Falle nicht behauptet werden konnte, daß mit dem Aufschub der Execution bis

zur rechtskräftigen Entscheidung über das Provisorium eine Gefahr verbunden sei, daß vielmehr umgekehrt in dieser Beziehung eine Reise der Beklagten mit ihren zum Theil kranken Kindern in der gegenwärtigen Jahreszeit von L. nach F. nicht ganz unbedenklich erscheint,

aus diesen Gründen wird die Berufung gegen das Erkenntniß vom 25. October 1858 abgewiesen, jedoch dem Stadtgericht I. aufgetragen, mit dessen Vollzug bis zu eingetretener Rechtskraft desselben einzuhalten. Die Appellantin hat dem Appellaten die Kosten der gegenwärtigen Instanz zur Hälfte, der Appellat der Appellantin den Stempel des Protokolls und dieses Urtheils zu 1/4 zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 12. September 1859.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 22. December v. J., wie hiermit geschieht, dahin abzuändern sei, daß der Klägerin während der Dauer ihres Scheidungsprozesses gestattet werde, mit ihren Kindern und dem ihrem Bedürfniß entsprechenden Mobiliar ihres Mannes, in welcher Beziehung demselben etwaige Anträge vorbehalten bleiben, in L. bei ihren Eltern zu wohnen.

Der Beklagte wird in die durch den Antrag der Klägerin auf provisorische Trennung in erster Instanz erwachsenen Kosten verurtheilt, in Betreff der Kosten zweiter Instanz bleibt es bei dem vorigen Erkenntniß, die der gegenwärtigen sind zur Hälfte zu vergleichen, zur anderen Hälfte von dem Beklagten zu tragen,

und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Es unterliegt keinem Zweifel und ist von dem Ober-Appellationsgericht wiederholt ausgesprochen, daß Verträge unter Ehegatten, durch welche sich dieselben gegenseitig versprochen haben, jede eheliche Ge-

meinschaft unter einander aufzugeben, keine bindende Kraft haben, und daß jeder derselben berechtigt ist, die Wiedervereinigung mit dem von ihm getrennten Gatten zu jeder Zeit herbeizuführen.

Eben so wenig kann darüber ein Zweifel obwalten, daß ein Ehemann, welcher seiner Frau die Erlaubniß gegeben hat, sich mit seinen Kindern an einem dritten Orte einstweilen aufzuhalten, in einem Falle, wo diese den Ort eigenmächtig verlassen und mit dem Wohnsitz ihrer Eltern vertauscht hat, die Berechtigung habe, die ungesäumte Rückkehr seiner Frau, sei es an den Ort, zu welchem er die Erlaubniß gegeben, oder nach seiner Willkür in die eheliche Wohnung, zu verlangen. Es fragt sich daher in dem vorliegenden Falle nur, ob und welche begründeten Einwendungen der Frau zur Seite stehen, um das hierauf gerichtete Verlangen ihres Ehemannes zu elidiren. In dieser Beziehung konnte zunächst der von dem Beklagten in gegenwärtiger Instanz gemachten Aufstellung, Klägerin habe ihr Recht auf abgesonderten Wohnort schon um deßwillen verloren, weil sie es unterlassen habe, den betreffenden Antrag mit ihrer Scheidungsklage zu verbinden, nicht beigetreten werden. Der Beklagte hatte seiner Frau zu einem längeren Aufenthalt in N. die Erlaubniß gegeben, diese denselben eigenmächtig mit L. vertauscht, und es war daher Sache des Beklagten, diese Eigenmacht durch gerichtliche Anträge zu beseitigen. Er hat dieses durch Einreichung einer selbstständigen Scheidungsklage auf Grund böswilligen Verlassens gethan, dieselbe ist als Widerklage aufgefaßt der Klägerin zur Beantwortung mitgetheilt, und die letztere hatte daher erst in der Replik, resp. Vernehmlassung auf die Widerklage diejenigen Momente hervorzuheben, durch welche sie im Stande zu sein glaubte, den Antrag ihres Gegners zu beseitigen. Der letztere ist dem Obigen zufolge rechtlich begründet und factisch liquid. Es war daher Sache der Klägerin, ihre Einwendungen in gleicher Weise liquid zu stellen, wenn sie die sofortige Gewährung ihres Verlangens, daß der getrennte Wohnort beibehalten werde, herbeiführen wollte. Das Stadtgericht hat solches dadurch anerkannt, daß es die Einwendungen der Klägerin zur abgesonderten Verhandlung vor die Commission verwies, und es sind daher nunmehr jene Einwendungen theils ihrer rechtlichen Begründung, theils ihrer Liquidität nach einer Prüfung zu unterziehen. Die Klägerin hat weder Gefahr für Leben und

Gesundheit, noch einen sonstigen Grund für ihre provisorische Absonderung geltend gemacht, ihre einzige Stütze besteht in dem ihrem Gegner vorgeworfenen Ehebruch. Soweit derselbe in die Zeit vor dem 23. Juni, nicht minder insoweit er nach jenem Datum fällt, gewährt er der Klägerin keinen Schutz wider den gegnerischen Antrag, da ihre deßfallsigen Behauptungen bei dem Leugnen des Beklagten der erforderlichen Liquidität ermangeln, und es einer Ehefrau nicht gestattet ist, sich unter der Behauptung, daß ihr Ehemann ein Ehebrecher sei, aus der ehelichen Wohnung willkürlich zu entfernen, resp. in dieselbe nach vorgängiger Aufforderung des Mannes nicht ungesäumt zurückzukehren. Insoweit dagegen die Klägerin sich auf den Vorgang in der Nacht vom 23. auf den 24. Juni 1857 bezieht, ist der dem Manne gemachte Vorwurf des Ehebruchs durch das von demselben wiederholt detaillirt abgelegte Geständniß ausreichend in rechtliche Gewißheit gesetzt. Nun kann aber nach klarer gesetzlicher Vorschrift

Cap. 4 X. de divortiis 4. 19.

vgl. Gloss. m. ad voc. „si notorium" und

Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2. S. 476. not. 47.

eine Ehefrau, wenn sie von ihrem Manne unter dem Vorwande begangenen Incestes aus der ehelichen Wohnung eigenmächtig vertrieben und der Mann deßhalb excommunicirt war, sobald sie während der Zeit ihrer Trennung sich offenkundiger Weise mit einem anderen Manne eingelassen hat, nicht verlangen, von ihrem Manne wieder aufgenommen zu werden, es wäre denn, daß auch ihn der Vorwurf des Ehebruchs träfe. In dieser Ausnahme ist es klar ausgesprochen, daß der Ehebruch des einen Theiles, wenn er liquid ist, dem Unschuldigen das Recht gibt, die Aufhebung der gemeinschaftlichen ehelichen Wohnung zu verlangen. Da nun die Rechte des Mannes aus dem Ehebruch der Frau nach canonischem Rechte auch im umgekehrten Falle begründet sind, so hat die Klägerin bis dahin, daß rechtlich zulässige Repliken ihr entgegengesetzt werden, die Befugniß, die Trennung von ihrem Ehemann zu verlangen, resp. da eine Trennung bereits, wenn auch nicht in gerechtfertigter Weise, stattgefunden, es aber unzweckmäßig erscheinen müßte, die Rückkehr der Frau anzuordnen, um sie sofort zu befugen, die eheliche Wohnung wieder zu verlassen — darauf anzutragen, getrennt zu bleiben. Als Replik macht nun der Beklagte

zwar geltend, daß seine Frau ihm den Ehebruch verziehen habe. Allein diese Replik entbehrt zur Zeit der erforderlichen Liquidität. So wenig aber, wie oben bemerkt, der Klägerin das Recht eingeräumt werden kann, durch den bloßen Vorwurf des Ehebruchs ihren Antrag auf provisorische Trennung zu motiviren, eben so wenig steht dem Beklagten das Recht zu, die durch seinen Ehebruch der Frau erwachsene rechtliche Befugniß, getrennt von ihm zu leben, durch illiquide Repliken zu beeinträchtigen. Namentlich vermag es der Ehefrau keinen Eintrag zu thun, wenn dieselbe in ihrem Schreiben vom 5. Juli 1857 das heiße Verlangen ausgesprochen hat, mit ihrem Ehemann wieder vereint zu werden. Denn dieser Brief für sich allein ist nicht geeignet, den Beweis der Verzeihung zu erbringen, wie in den Entscheidungsgründen zur causa II. hervorgehoben worden ist.

Auch kann die vorstehende, auf gesetzliche Vorschrift basirte Deduction nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß, wie das Ober-Apellationsgericht wiederholt und zuletzt in der Sache

Sch. w. Ehefrau, 16. October 1855 (S. 3, 4.*)

erkannt hat, in der Praxis zu Frankfurt in Betreff der provisorischen Trennung nicht die Vorschriften des canonischen Rechtes, sondern das richterliche Ermessen maßgebend ist. Denn damit hat nicht ausgesprochen werden sollen, man könne sich über die Fälle des canonischen Rechtes hinwegsetzen, sondern nur, man dürfe aus erheblichen und bescheinigten Gründen eine Trennung auch dann gestatten, wo sie nach den Vorschriften des canonischen Rechtes nicht zulässig sein sollte. Ueberdies aber würde, selbst abgesehen von dessen ausdrücklicher Vorschrift in dem vorliegenden Falle, wo ein Beweisverfahren bevorsteht, dessen Einzelheiten das sittliche Gefühl einer, den gebildeten Ständen angehörenden Frau in schwerer Weise verletzen müssen, es gerechtfertigt erscheinen, während desselben die eingetretene Trennung fortbestehen zu lassen, wie das Ober-Appellationsgericht in einem ähnlichen Falle

B. w. Ehefrau, 13. Februar 1832**)

schon früher ausgesprochen hat.

---

*) Siehe diese Sammlung Band II. Seite 213.

**) Siehe Seite 76.

War demnach die Frau nicht verpflichtet, zu dem Manne zurückzukehren, so fragt es sich weiter, ob dieser nicht berechtigt ist, die Auslieferung der Kinder während des Scheidungsprozesses zu verlangen. Es fehlt darüber an gesetzlichen Vorschriften, indem daraus, daß die Kinder bei dem unschuldigen Theile erzogen werden sollen, was nach dem Scheidungsurtheil eintritt, noch kein Schluß darauf gemacht werden kann, wie es während des Scheidungsprozesses zu halten sei. Hier muß also zunächst die Regel festgehalten werden, daß dem Vater das Erziehungsrecht während der Ehe gebührt, wodurch jedoch nicht ausgeschlossen wird, daß nach vernünftigem richterlichem Ermessen eine abweichende Entscheidung getroffen werden kann. Dabei mußte im vorliegenden Falle vor Allem in Erwägung kommen, daß die Kinder des Beklagten Töchter sind, und daß der Sohn sich noch in einem so zarten Alter befindet, daß er der mütterlichen Pflege bedarf. Entscheiden nun diese Umstände dafür, daß die Kinder einstweilen nicht von der Mutter zu trennen sind, so fragt es sich ferner, ob der Beklagte nicht verlangen könne, daß diese die Erziehung an einem Orte leite, wo ihm die Möglichkeit gegeben ist, seine Kinder mit Leichtigkeit zu sehen, und wo dieselben keinen sonstigen nachtheiligen Einflüssen ausgesetzt sind. Nun läßt es sich zunächst nicht verkennen, daß der passendste Aufenthalt für eine Tochter, welche durch die Sittenlosigkeit ihres Mannes veranlaßt wird, dessen Haus zu verlassen, die Wohnung der Eltern ist, und es konnte auch in dem vorliegenden Falle nicht angenommen werden, daß sie dieselbe um der Kinder willen zu verlassen habe. Denn die Einwendungen, daß dieselben, insbesondere die Schwiegermutter, dem Ehemann feindselig gesinnt seien, und daher geneigt sein würden, diese Gesinnung auch auf seine Kinder zu übertragen, ist unbegründet. Daß die Eltern einen gerechten Unwillen über die ihrer Tochter angethane Schmach empfinden werden, ist natürlich; sonstige Momente ihrer Feindseligkeit sind aber nicht hervorgehoben. Daß dieselben auf Kinder in so zartem Alter einen Einfluß dahin ausüben könnten, dieselben dem Vater zu entfremden, dafür fehlt es an allen Anzeigen. Es bleibt also nur übrig die durch die Entfernung L.'s von F. herbeigeführte größere Schwierigkeit, die Kinder öfters zu sehen. Erwägt man indessen, daß es zunächst dem Beklagten obliegen würde, den durch diese abgesonderte Wohnung herbei-

geführten Kosten-Aufwand praenumerando zu decken, ein deßfallsiges Erbieten aber in den Acten nicht enthalten ist, sowie ferner, daß der Beklagte sich bereits früher damit einverstanden erklärt hat, daß seine Familie längere Zeit getrennt von ihm in R. lebe, und die etwas größere Entfernung bei den jetzigen Communicationsmitteln nur in untergeordneter Weise in Betracht kommen kann, und endlich, daß für den Fall eines Besuchs des Beklagten der Frau und ihren Eltern jede belästigende Einwirkung, wenn es nöthig sein sollte, durch geeignete Maßregeln abgeschnitten werden kann, so mußte die Entscheidung dahin erfolgen, daß die Ehefrau sammt Kindern während des Scheidungsprozesses bei ihren Eltern zu verbleiben berechtigt und die betreffenden eventuellen Anträge des Beklagten zu verwerfen seien.

Anlangend endlich die von der Klägerin nach L. mitgenommenen Effecten, so versteht es sich einerseits von selbst, daß der Ehemann verpflichtet ist, seiner Frau und den Kindern, wenn der Fall einer berechtigten, wenngleich nur interimistischen Trennung eintritt, so viel von dem ehelichen Mobiliar zu überlassen, als das Bedürfniß Beider erheischt. Andererseits aber steht nicht minder fest, daß er eine willkürliche Ortsveränderung in Bezug auf dasjenige, was er über das Bedürfniß hinaus zu einem anderen Aufenthalt ihr eingeräumt haben soll, nicht gutzuheißen verpflichtet ist. Die betreffende Ausscheidung läßt sich jedoch nach der gegenwärtigen Lage der Acten nicht aussprechen, da das Mitgenommene nur im Allgemeinen bezeichnet ist, und es theils an einem genauen Verzeichniß desselben fehlt, theils an einer Erklärung, wie viel dem Bedürfnisse entspreche, und was dasselbe übersteige. Da nun die Klägerin sich zu einem deßfallsigen Arrangement bereit erklärt hat, der Beklagte aber, selbst wenn seine Behauptung, das Mitgenommene komme dem Werthe des von ihm auf etwa Thlr. 4000 eingestandenen Eingebrachten gleich, des gegnerischen Widerspruches ungeachtet, sich bewahrheiten sollte, zur Zeit in keiner Weise gefährdet erscheint, so war es angemessen, den Parteien in dieser Beziehung die betreffenden Anträge vorzubehalten.

Durch die abändernde Entscheidung zu Gunsten der Klägerin werden die Beschwerden des Beklagten in jetziger Instanz erledigt.

Das Erkenntniß voriger Instanz in Betreff der Prozeßkosten ist gerechtfertigt durch dessen sonstigen Inhalt, und der des gegen-

wärtigen Urtheils hat zur Folge, daß der Beklagte die Kosten jetziger Instanz zur Hälfte zu tragen hat, wogegen die andere Hälfte zu vergleichen war.

Auszug aus den Seite 73 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

B. ca. uxorem 1832.

Darf zwar die Ehefrau auch in dem Falle, wenn sie eine Scheidungsklage anstellen will, ihren Mann nicht eigenmächtig verlassen, und ist eine solche Eigenmacht als spolium zu behandeln. Der Anwendung dieses Grundsatzes steht aber hier der Vertrag, welchen der Beklagte am 15. Juli 1830 mit der Klägerin und deren Vater abgeschlossen hat, entscheidend entgegen. Durch die Bestimmungen, welche dieser Vertrag hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der B.'schen Eheleute festsetzt, hat der Beklagte unverkennbar seine Einwilligung dazu gegeben, daß die Klägerin fernerweit von ihm getrennt leben solle, und es kann hierbei ganz dahin gestellt bleiben, ob diese, was in den Acten nicht ermittelt ist, schon in der Mitte des Junius 1830 die eheliche Wohnung mit seinem Vorwissen und guten Willen verlassen und die väterliche Wohnung bezogen hat, weil jeden Falles wegen der zur Zeit jenes Vertrages hinzugekommenen Genehmigung von einem spolium nicht mehr die Rede sein kann:

l. 3. § 2. l. 20. § 2 D. quod vi aut clam (43. 24).

Auch die Einrede und Widerklage des Appellanten, daß er zur Eingehung jenes Vertrages durch Drohungen und Furcht verleitet worden sei, verdient als durchaus illiquid für jetzt keine Beachtung.

Uebrigens war zwar jene Privat-Einwilligung des Beklagten in die Entfernung seiner Ehefrau an sich und dem Grundsatze nach, so lange nicht ehegerichtliche Autorisation hinzutrat, widerrechtlich, dies kann aber niemals dahin führen, die einmal mit seiner Genehmigung erfolgte Entfernung der Ehefrau nunmehr als spolium zu behandeln. Es genügt vielmehr im vorliegenden Falle, daß der Beklagte vor der angestellten Scheidungsklage seine Genehmigung der einstweiligen Absonderung überall nicht zurückgenommen hat, daher es nach dem Grundsatze, daß während der Rechtshängigkeit Alles im vorigen Stande zu

erhalten, der schon mit der Insinuation der Klage seine Anwendung findet,

clem. 2. ut lit. pend.

dermalen eigentlich nur darauf ankommt, ob sich erhebliche Gründe vorfinden, um der Klägerin während des Scheidungs-Prozesses die Rückkehr zu dem Beklagten zur Pflicht zu machen.

An diesen gebricht es aber hier gänzlich. Es liegt vielmehr ein positiver Grund vor, welcher das Ehegericht selbst in dem Falle zur Bewilligung einstweiliger Absonderung hätte bewegen müssen, wenn die Ehefrau sich zur Zeit der angestellten Klage noch in der ehelichen Wohnung befunden hätte.

Der von der Klägerin in der Replik näher angegebene und bereits zum Beweisverfahren gediehene Grund der gänzlichen Scheidung besteht in dem Vorwurfe eines unnatürlichen, peinlichen Verbrechens. Dieser Stand der Hauptsache führt jedenfalls, der Beweis mag erbracht werden, oder nicht, zu der heftigsten Erbitterung der Gemüther, und unter Umständen der Art erscheint die richterliche Autorisation zur Fortsetzung der factisch bereits bestandenen vorläufigen Trennung während des Rechtsstreites, oder, was dasselbe ist, die Abschlagung des von dem Beklagten nachgesuchten Mandats der Rückkehr nicht nur deßhalb, sondern auch in anderer sich von selbst darbietender Rücksicht, als eine durchaus zweckmäßige, ja unvermeidliche Maßregel.

205.

K., geb. E., Klägerin und Widerbeklagte, jetzt zu L., gegen ihren dahier wohnhaften **Ehemann**, Beklagten und Widerkläger, wegen Ehescheidung (causa II).

Vorbemerkung.

Klägerin hatte auf Ehescheidung wegen Ehebruches, welchen ihr Gatte im April, Mai und Juni (auch nach dem 23. Juni 1857) verübt habe, geklagt, der Beklagte aber nur eine einmalige, am 23. Juni begangene Untreue zugestanden, und die Einrede der Verzeihung, gestützt auf eine Reihe von Thatsachen, vorgeschützt. Zugleich war Widerklage auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung erhoben, indem die Ehefrau sich von dem Wohnorte N., welchen sie mit Erlaubniß des Widerklägers während der ehelichen Zerwürfnisse nach dem 23. Juni bezogen, eigenmächtig zu ihren Eltern nach L. entfernt und die Rückkehr verweigert habe.

Urtheil des Stadtgerichts

vom 29. November 1858.

— — wird zu Recht erkannt:

1) — — — — — — — — — — — —

2) Klägerin wird mit der erhobenen Klage, insoweit dieselbe auf den Vorfall vom 23. Juni 1857 begründet wird, bei vorliegender Liquidität der Einrede der deßfallsigen Verzeihung, ab und zur Ruhe gewiesen, dagegen hat Klägerin binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig zu erweisen:

„daß Beklagter vor oder nach dem 23. Juni 1857 ehebrecherischen Umgang mit der N. N. gepflogen habe" —

wobei sich Klägerin des Nachweises der in [16] erwähnten That-

sachen, insoweit solche erheblich sein werden, mitbedienen kann, und worauf weiter ergehen soll, was Rechtens.

3) In der Widerklage wird Klägerin und Widerbeklagte verurtheilt, binnen 14 Tagen mit ihren Kindern und unter Rückbringung der mitgenommenen Effecten zu dem Beklagten und Widerkläger in die eheliche Wohnung zurückzukehren, bei Vermeidung auf Antrag des Widerklägers vorerst durch geeignete gerichtliche Zwangsmaßregeln hierzu angehalten zu werden.

Die beiderseitigen Appellationen wurden vom Appellationsgerichte verworfen, das Ober-Appellationsgericht reformirte jedoch durch Urtheil vom 12. September 1859 dahin:

daß Beklagter verbunden sei, binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist rechtlich darzuthun:

daß die Klägerin den von ihm in der Nacht vom 23. bis 24. Juni 1857 verübten Ehebruch ihm verziehen;

wogegen der Klägerin nachgelassen bleibt, zu erweisen:

daß Beklagter vor oder nach dem 23. Juni 1857 ehebrecherischen Umgang mit der N. N. gepflogen habe.

Die directen Gegenbeweise und die Benutzung der in den Acten enthaltenen Beweismomente werden den Parteien überall vorbehalten, und soll nach Führung jener Beweise in der Vor- und Widerklage, sowie der Kosten erster Instanz halber weiter ergehen, was Rechtens.

Die Kosten voriger Instanz bleiben verglichen, die der gegenwärtigen hat der Beklagte zur Hälfte zu tragen, zur anderen Hälfte sind dieselben zu vergleichen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts.

Die Klägerin verlangt mittelst ihrer ersten Beschwerde voriger Instanz, welche sie in der gegenwärtigen wiederholt hat, daß ihre Klage, insoweit sie auf den Ehebruch des Beklagten vom 23. Juni 1857 gestützt und auf Grund der für liquid erachteten Einrede der Verzeihung abgewiesen ist, aufrecht erhalten, und daß auf den Beweis

jener Einrede abseiten des Beklagten erkannt werde. Dieses Verlangen mußte für begründet erachtet werden.

Zunächst steht der Thatumstand, daß Beklagter in der Nacht vom 23. bis 24. Juni 1857 mit der N. N. einen Ehebruch begangen habe, durch das Geständniß des Beklagten juristisch fest, da dasselbe von freien Stücken abgelegt und mit einer Reihe von Specialitäten belegt ist, die jeden Verdacht einer Unwahrheit ausschließen, unter derartigen Umständen aber auch in Ehesachen das Geständniß die Annahme der Wahrheit des Gestandenen begründet.

Bülow und Hagemann, Pract. Erört. B. 9. von Spangenberg. S. 395.

Walter, Kirchenrecht. 8. Ausg. § 269. not. 19.

Göschen, in Herzog's Real-Encyclop. f. Theologie. s. v. Ehe. S. 704.

Richter, Kirchenrecht. 3. A. § 269. not. 19.

indem der neuerdings von

Schulte, Kathol. Eherecht. Gießen. 1855. S. 454.

aufgestellten Ansicht, daß ein Geständniß in einem Falle, wo es an sich nicht beweisfähig ist, um volle Beweiskraft zu erhalten, eidlich bestärkt werden müsse, beim Abgang eines speciellen Gesetzes keinenfalls beigepflichtet werden konnte, da unnütze Eide zu vermeiden sind und die eidliche Erhärtung der eigenen Schande jedem sittlichen Gefühl widerstreitet.

Hiernach fragt es sich weiter, ob die Folgen dieser Handlung im vorliegenden Falle beseitigt sind. In rechtlicher Beziehung steht soviel fest, daß das Recht, den Ehebruch geltend zu machen, durch Verzicht erlösche, und daß dieser in einer dem Schuldigen von Seiten des Unschuldigen gewährten Verzeihung liege, welche wiederum ausdrücklich und stillschweigend sich aussprechen läßt, indem Letzteres nach Vorschrift der Gesetze, welche in

Gloss. ad c. 4. X. de don. i. vir. et ux. 4. 20. und bei Lauterbach, Coll. theor. pract. ed. 6. lib. 24. tit. 2. § 15. not. 9. p. 438.

vollständig zusammengestellt sind, und nach der durchgängigen Ansicht der Lehrer des gemeinen Rechts, von welcher das von der Klägerin in Bezug genommene

Preuß. Landrecht. 2. 1. § 720 bis 22.

bewußt abweicht,

Eichhorn, Kirchenrecht. Bd. II. S. 471.

unter Anderem mittelst freiwilliger Leistung der ehelichen Pflicht, an den Tag gelegt werden kann.

Tancred, Summa de matrimonio. tit. 35. fol. 6 d. lib. 62. seq.

Sanchez, de matrimonio. lib. 10. disp. 5.

Glück, Pand. Bd. XXVI. § 1265. S. 445. not. 63. 64.

Wiese, Handb. d. Kirchenr. Bd. II. S. 688. not. 5.

Eichhorn, Kirchenrecht. Bd. II. S. 471. not. 31.

Walter, Kirchenrecht. 8. Ausg. § 314. not. u.

Richter, Kirchenrecht. 3. Ausg. § 268. not. 24 und 25.

Bülow und Hagemann, Pract. Erört. Bd. IX. von Spangenberg. S. 396.

Majer, Kirchenrecht. 1. Aufl. § 119. Nro. 113.

Schulte, Eherecht. S. 433. not. 8.

Nur darüber finden sich abweichende Ansichten unter den Rechtslehrern, ob die stillschweigende Verzeihung nur im Falle einer Leistung der ehelichen Pflicht oder auch auf Grund von sonstigen schlüssigen Handlungen angenommen werden könne. Während die erste Ansicht von mehreren unter den obgenannten Schriftstellern, von

Boehmer, Jus eccles. prot. 4., 20. § 35.

und

Bruckner, Decis. matrim. 6. 17. Nro. 38.

und für Frankfurt insbesondere von

Orth, Anmerk. zur Reform. 2. Forts. S. 586.

sowie von der Juristen-Facultät zu Tübingen in der Sache Lehmann wider Ehefrau vom 2. Januar 1833 angenommen worden ist, haben sich für die letzte Ansicht schon Tankred und zuletzt Schulte erklärt, und ihr ist das Ober-Appellationsgericht in der eben angeführten Sache L. wider Ehefrau unter dem 30. November 1833 *) mit Recht gefolgt; wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß nur wahrhaft schlüssige Handlungen in Betracht gezogen werden dürfen.

Vergl. bes. Leyser, medit. sp. 313. m. 9.

---

*) Siehe Seite 87.

Dem Vorstehenden zufolge wird Alles darauf ankommen, ob eine ausdrückliche oder eine stillschweigende Verzeihung abseiten der Klägerin dem Beklagten erwiesenermaßen zu Theil geworden sei. In letzterer Beziehung hat der Beklagte die Behauptung aufgestellt, daß die Klägerin nach erhaltener Kunde des von ihm in der Nacht vom 23. auf den 24. Juni begangenen Ehebruchs wiederholt den Beischlaf mit ihm vollzogen habe. Er behauptet dieses ganz bestimmt zu der Zeit, als die Klägerin auf sein Zureden sich veranlaßt gefunden habe, statt des beleidigenden Briefes vom 26. Juni einen anderen an die N. N. zu schreiben. Dem gegenüber hat jedoch die Klägerin eben so bestimmt behauptet, daß sie seit erhaltener Kunde von dem fraglichen Ehebruch ihres Mannes sich nie fleischlich mit ihm vermischt habe, und im Stande sei, dieses eidlich zu erhärten. Die Verzeihung, insoweit sie auf diesen Thatumstand gestützt ist, würde also ein Gegenstand des Beweises sein. Sonstige Momente, aus welchen auf eine Verzeihung sich mit Sicherheit schließen lassen könnte, liegen in den Acten bis jetzt in ausreichender Weise nicht vor, indem davon ausgegangen werden muß, daß die Fortsetzung des gemeinsamen Beisammenwohnens allein nicht geeignet sei, als schlüssige Thatsache für die Verzeihung angesehen zu werden. Natürlich da der unschuldige Theil in einem solchen Falle nur von seinem Rechte Gebrauch macht und keine Verpflichtung hat, die eheliche Wohnung zu verlassen. Auch hat sich das Ober-Appellationsgericht schon früher

Frankf. S. Lehmann w. Ehefrau. 1833.

in diesem Sinne ausgesprochen. Die Klägerin hat aber nicht bloß mit dem Beklagten zusammen gewohnt, sie ist geständigermaßen an dem Tage nach der That mit ihm nach W. gefahren, sie hat am folgenden Tage mit ihm und der Familie N. N. einen Spaziergang in den Wald gemacht und überhaupt den Umgang mit derselben in früherer Weise fortgesetzt. In dieser Beziehung kann jedoch nicht unerwogen bleiben, daß alle diese Thatumstände veranlaßt sein sollen durch das Bestreben der Frau, öffentliches Aufsehen zu vermeiden, und durch Zureden des Mannes, wie dieser selbst eingesteht, hervorgerufen sind. Wenn nun dieses Letztere auch nicht den Charakter eines physischen Zwanges gehabt haben sollte, wie die Klägerin behauptet, so zeigen sich doch die Handlungen selbst in Verbindung mit ihrem Motiv gleich-

wohl in einem Lichte, welches weniger eine stattgehabte Verzeihung, als eine Schonung des Mannes und der äußeren Verhältnisse als beabsichtigt erscheinen läßt. Eben so wenig kann darauf ein Gewicht gelegt werden, daß die Ehefrau im August auf einige Wochen in die eheliche Wohnung zurückgekehrt ist. Ihre Entfernung wenige Wochen nach dem Vorgang macht es wahrscheinlich, daß das eheliche Verhältniß damals noch nicht wieder hergestellt war, ihre Rückkehr in das Haus hat den Charakter einer neuen Probe, ob es hergestellt werden könne, und das abermalige Verlassen desselben deutet nicht unwahrscheinlich darauf hin, daß diese Probe fehlgeschlagen und nur von einer weiteren Trennung die Möglichkeit einer Herstellung des alten Verhältnisses erwartet wurde, eine Möglichkeit, welche sich nicht erfüllt hat. Mag daher auch immer der Beklagte bei diesen Trennungen den Wünschen seiner Frau bereitwillig entsprochen haben, die insoweit erforderliche Einigkeit gewährt keinen Schluß dahin, das eheliche Verhältniß sei wiederum das alte geworden. Es bleibt daher nichts übrig, als die Frage annoch einer Erörterung zu unterziehen, ob die Acten den Beweis einer ausdrücklich erfolgten Verzeihung enthalten. Der Beklagte hat behauptet, dieselbe sei wiederholt ausgesprochen, und zwar

a) in der Nacht unmittelbar nach dem Vorfall, wo er seine Frau beruhigt haben und mit ihr zu Bett gegangen sein will;

b) an dem folgenden Tage auf der Reise nach W.;

c) am 25. Juni, und zwar

1) der N. N. gegenüber, nach von solcher erhaltenem mündlichen und schriftlichen Bekenntniß ihrer Schuld;

2) dem Beklagten gegenüber, nachdem dieser Kunde erhalten von dem Auftritt, der zwischen seiner Frau und der N. N. stattgefunden hatte, und in Folge hiervon deren schriftliches Bekenntniß zerrissen war;

d) am 26. Juni, und zwar theils mittelst des in [13] enthaltenen, der N. N. geschriebenen Briefes, theils unmittelbar darauf dem Beklagten gegenüber.

Allein alle diese Behauptungen werden von der Klägerin gänzlich in Abrede gestellt. Insbesondere ist:

ad a) geleugnet, daß sie mit ihrem Ehemanne zu Bett gegangen;

ad b) daß sie sich auf der Fahrt nach W. mit ihm ausgesöhnt;

ad c) und zwar

1) daß sie nach den Geständnissen der N. N. dieser Vergeben und Vergessen versprochen,

2) daß sie ihrem Manne verziehen, welcher, wie sie behauptet, die Herausgabe des Briefes von ihr erpreßt und denselben eigenmächtig zerrissen habe. —

Zwar ist sodann

ad d) die Klägerin geständig, statt des injuriösen Briefes an die N. N. einen anderen geschrieben zu haben. Sie behauptet jedoch, das sei nur geschehen, weil ihr Mann sie auf gerichtliche Strafe als dessen Folge aufmerksam gemacht und das Versprechen ertheilt habe, den Umgang mit der Familie N. N. abzubrechen. Sie leugnet ferner, daß [13] eine getreue Copie ihres damaligen Briefes sei, und ebenso, daß sie ihrem Manne nach Absendung des Briefes verziehen und sich mit ihm versöhnt habe.

Nun läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Klägerin sich insofern in einem Irrthum befindet, wenn sie die Unmöglichkeit einer Verzeihung aus dem Umstande ableitet, daß ihr Ehemann niemals gestanden, es sei die N. N. gewesen, welche sich in der fraglichen Nacht heimlich von ihm entfernt habe. Denn die Verzeihung konnte dem Ehebruch als solchem zu Theil werden, und wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so kommt auf die Person, mit welcher die Ehe gebrochen ist; nichts weiter an. Allein es fehlt den obigen Behauptungen des Beklagten bis dahin an jeder, dieselben auch nur wahrscheinlich machenden Unterstützung. Im Gegentheil sprechen die erneuten Ausbrüche des Unwillens der Frau eher dafür, daß keine Verzeihung erfolgt sei, wenn man auch noch so sehr das Temperament einer gekränkten Frau in Anschlag bringt. Es bleibt daher auch nach dieser Richtung hin nichts übrig, als den Beklagten mit den betreffenden Beweisen zu belasten.

Nun soll es aber auf Grund der Schreiben [14] und [15] eines solchen Beweises überall nicht mehr bedürfen. Allein diese Schreiben für sich allein liefern den erforderlichen Beweis nicht. Bei dem zweiten ist solches ohnehin schon klar, da die Unterschrift „sei herzlich gegrüßt von Deiner Dich treu liebenden Frau“ wohl schwerlich als der bestimmte Ausdruck einer Verzeihung angesehen werden kann.

Anlangend aber den ersten Brief vom 5. Juli, so konnte derselbe für sich allein nicht als unbedingter Beweis für die Annahme einer Verzeihung angesehen werden, indem die Verhältnisse, unter denen jener Brief geschrieben worden ist, erst einer näheren Aufklärung in dem Beweisverfahren bedürfen und keinenfalls der Klägerin der Gegenbeweis wider den Inhalt dieses Briefes abzuschneiden war. Daß aber der gedachte Brief von dem Beklagten in dem Beweisverfahren benutzt werden kann, und ebenso, daß es demselben gestattet sein müsse, sonstige noch nicht hervorgehobene Momente, aus welchen sich eine Verzeihung ableiten ließe, in diesem Beweisverfahren geltend zu machen, versteht sich von selbst. Bei dieser Sachlage mußte es angemessen erscheinen, den dem Beklagten aufzuerlegenden Beweis ganz allgemein auf die Thatsache der Verzeihung zu stellen und es dem Beklagten zu überlassen, die einzelnen Momente, aus denen sich die ausdrückliche resp. stillschweigende Verzeihung ergeben soll, und zu welchen letzteren namentlich die Vollziehung des Beischlafs gehört, in dem Beweisverfahren einzeln geltend zu machen.

Anlangend sodann die von dem Beklagten in voriger und jetziger Instanz aufgestellte Beschwerde darüber, daß der Klägerin freigelassen sei, seinen ehebrecherischen Umgang mit der N. N. auch während der Zeit vor dem 23. Juni darzuthun, so konnte dieselbe nicht für begründet erachtet werden. Zwar hat man dem Beklagten darin beizupflichten, daß, wenn die Einrede der Verzeihung generell vorgeschützt und ihr Inhalt erwiesen ist, es unzulässig sein würde, die einzelnen Ehebruchsfälle in der Weise der Beurtheilung zu unterwerfen, daß ein stringenter Beweis erfordert würde, der Verzeihende habe, als er verzieh, das klare Bewußtsein eines jeden derselben gehabt oder auch nur denselben gekannt. Allein wenn die Verzeihung einen so allgemeinen Charakter haben soll, so muß das klar hervorgehoben sein. Die Regel bleibt immer die, daß Verzicht ohne Bewußtsein dessen, worauf man verzichtet, nicht angenommen werden darf, eine Regel, von welcher auch das Ober-Appellationsgericht in der Sache

G. rect. de M., Ehefrau, ca. K., Vormünder, 22. Decemb. 1830.*)

*) Siehe Seite 88.

Gebrauch gemacht hat. An einer dahin gehenden Behauptung, resp. deren den Beklagten treffenden Beweis

vergl. Hiller ca. Ehefrau, 21. Juli 1854 z. A.*)

fehlt es aber in dem vorliegenden Falle so sehr, daß vielmehr gerade das Gegentheil aus den Acten hervorgehen dürfte. Der Beklagte hat durchgängig einen vor dem 23. Juni mit der N. N. verübten Beischlaf in Abrede gestellt und mit keiner Sylbe behauptet, daß, wenn ein solcher stattgehabt, die Klägerin davon Kunde gehabt und ihn, sei es ausdrücklich, sei es durch Vollziehung des Beischlafs mit dem Beklagten verziehen habe. Ueberdies ist die in den Acten geltend gemachte Verzeihung von der Art, daß sie offensichtlich nur auf den ganz bestimmten Vorfall gerichtet war. Die Klage resp. Replik muß daher in vollem Umfang aufrecht erhalten werden. Das prozessualische Verhältniß stellt sich demnach so, daß der Beklagte zunächst die Einrede der Verzeihung darzuthun hat, und dagegen der Klägerin vorbehalten bleibt, den Ehebruch des Beklagten vor oder nach dem 23. Juni zu erweisen, diesen zur Elidirung der Verzeihung, jenen, weil er von der betreffenden Einrede nicht berührt wird.

In Betreff der Widerklage verlangt die Klägerin mittelst ihrer zweiten Beschwerde, daß das Erkenntniß darüber bis nach erfolgter Entscheidung der Vorklage oder wenigstens des Incidentverfahrens, betreffend die einstweilige Trennung, ausgesetzt werde, und auch diese Beschwerde mußte für begründet erachtet werden. Nachdem nämlich durch das in causa I. gefällte Erkenntniß vom 12. September d. J.**) die Klägerin ermächtigt ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache von ihrem Ehemanne getrennt zu leben, war es nothwendig, das Erkenntniß darüber, ob sie sich für den Fall, daß der dem Beklagten auferlegte Beweis gelingen, der ihrige aber mißlingen sollte, einer böslichen Verlassung schuldig machen werde, bis dahin auszusetzen, daß über das Resultat jener Beweise erkannt sein wird.

Das Urtheil über die Kosten erster Instanz war dem Obigen zufolge auszusetzen, und nach Inhalt des vorigen und jetzigen Erkenntnisses in Betreff der Kosten zweiter und jetziger Instanz zu entscheiden, wie aus dem Urtheil ersichtlich ist.

---

*) Siehe diese Sammlung I. Seite 308.

**) Siehe Seite 70.

Auszüge aus den Seite 81 und 85 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Lehmann ca. maritum. 1833.

Die Einrede der Remission ist aber in dem vorliegenden Falle

2) auch materiell verwerflich.

Es läßt sich zwar der Behauptung der Klägerin darin nicht beipflichten, daß zur Begründung der Einrede der Verzeihung nothwendig erforderlich sei, daß der beleidigte Theil nach erhaltener Gewißheit des Ehebruchs mit dem schuldigen Theile die eheliche Beiwohnung fortgesetzt habe, man muß vielmehr annehmen, daß auch andere concludente Handlungen nach erlangter Wissenschaft des Ehebruchs zu demselben Resultate führen können, allein es ist für den vorliegenden Fall völlig entscheidend, daß

a) beide Theile darin einverstanden sind, daß schon seit den ersten Jahren der Ehe eine Trennung quoad thorum zwischen ihnen stattgefunden, daß

b) der Beklagte selbst sich lediglich auf den Ablauf der Zeit seit den ihm vorgeworfenen Vergehen gegen die Treue (welcher doch für sich allein für genügend nicht geachtet werden kann) bezogen, durchaus aber keine anderweiten concludenten facta, welche auf die Verzeihung der Klägerin schließen lassen könnten, namhaft zu machen gewußt hat, und daß vielmehr

3) aus seiner eigenen Schilderung des ehelichen Verkehrs unter den Parteien hervorgeht, daß sie seit Jahren und bis zu der erhobenen Klage fortwährend in gegenseitigem Unfrieden, Hader und Zwietracht gelebt haben.

Zu III. bedarf die Grundlosigkeit der von der böslichen Verlassung der Widerbeklagten entnommenen Beschwerde keiner umständlichen Ausführung. Um hieraus einen Klaggrund zu entnehmen, mußte der Appellant wenigstens einen richterlichen Befehl zur Rückkehr in die eheliche Wohnung ausgewirkt und die Appellatin demselben die schuldige Folge versagt haben.

Von diesem Allem liegt aber das gerade Gegentheil vor. Statt die Rückkehr der Appellatin zu verlangen, hat der Appellant reconveniendo ebenmäßig auf völlige Trennung der Ehe angetragen, und

ein richterlicher Befehl zur Rückkehr liegt gegen die Appellatin so wenig vor, daß ihr vielmehr ihre Effecten in die bezogene besondere Wohnung durch den damit beauftragten Gerichtssecretär verabfolgt wurden, und der Appellant rechtskräftig verurtheilt ist, der Appellatin während des Rechtsstreites anstatt der Natural-Alimente wöchentlich fl. 12 zu verabreichen.

2. Burk, Vormünder, ca. Gasselin, 1830.

Ebenso unerheblich ist

ad 2) die Replik der eingetretenen Verzeihung des Ehebruchs. Zwar ist sie an sich rechtlich gegründet,

Reform. Th. 5. Tit. 7. Art. 4.

Cap. 4. X. de donat. inter. vir. et ux. (4. 20).

allein sie ist factisch unerwiesen und kann auch nicht zum Beweise verstellt werden. Denn der einzige nicht offenbar verwerfliche Grund der Remission soll darin liegen, daß K. nach der Rückkehr seiner Frau von Nancy mit derselben den Beischlaf vollzogen habe. Dies würde aber an sich noch nicht für eine Verzeihung gehalten werden können, sondern es müßte erst hinzukommen, daß solches geschehen sei, nachdem der Mann bereits von dem Ehebruche seiner Frau volle Gewißheit erhalten hatte, in vorliegendem Falle etwa nach der durch die Hebamme L. geschehenen Untersuchung. —

Leyser, spec. 313. med. 10. 11.

Hennig, vom Recht und Verlust des Vermögens der Frau bei erfolgter Scheidung. S. 323.

Dies ist aber nicht allein nach Allem, was darauf zwischen den Eheleuten vorgefallen, ganz unwahrscheinlich, sondern auch von der Ehefrau selbst nicht einmal behauptet worden.

206.

K., geb. E., Klägerin, jetzt Implorantin gegen **ihren Ehemann,** Beklagten, jetzt Imploraten, Ehescheidung, insbesondere Kostenvorlage betreffend (causa III).

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 9. März 1859.

In Erwägung, daß

die Klägerin ihren Mann willkürlich verlassen hat, daß auf die von ihr beantragte provisorische Trennung nicht erkannt, vielmehr ihr aufgegeben worden ist, zu ihrem Manne zurückzukehren, daß den von ihr angezeigten Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung versagt worden ist und daß sie demnach, wenngleich dem Vollzug der gegen sie ergangenen Verfügung vorerst Anstand gegeben worden ist, sich im Zustande des Ungehorsams gegen richterliche Befehle und im offenbaren Unrecht gegen ihren Ehemann befindet, unter solchen Umständen aber der letztere für befugt erachtet werden muß, von anderen Einwendungen abgesehen, weiteren Kostenvorschuß vorerst und bis die Klägerin zu ihrer Pflicht zurückgekehrt ist, zurückzuhalten.

Aus diesen Gründen wird der Antrag auf weiteren Kostenvorschuß unter Verurtheilung der Klägerin in die durch denselben entstandenen Kosten zur Zeit abgewiesen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 12. September 1859.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 9. März d. J., wie hiermit geschieht, wieder aufgehoben und Beklagter ver-

bunden sei, den im Stadtgerichts-Urtheil vom 29. November 1858 ihm auferlegten Prozeßkostenvorschuß um den Betrag von fl. 150 zu erhöhen, auch die Kosten voriger Instanz allein zu tragen.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz sind zu vergleichen und wird die Sache nunmehr an das Appellationsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Antrag der Klägerin auf Erhöhung des Kostenvorschusses mußte für begründet erachtet werden. Denn

1) eine rechtskräftige Entscheidung über die Befugniß der Ehefrau, während der Dauer ihres Scheidungsprozesses von ihrem Ehemanne getrennt zu leben, war zur Zeit des Antrags auf Erhöhung des Kostenvorschusses nicht vorhanden. Eben so wenig kann die Rede sein von einer Widersetzlichkeit der Ehefrau gegen obrigkeitliche Befehle nach Aufhebung des den Suspensiveffect versagenden Stadtgerichtsdecrets vom 1. November 1858 durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 22. December v. J., und nachdem im Decret vom 2. Januar d. J. die Appellation anher mit aufschiebender Wirkung gestattet war. Auch liegt kein offenbares Unrecht der Ehefrau wider ihren Ehemann vor, und eine frivole Beschreitung des Rechtsweges in dritter Instanz läßt sich nach Inhalt der hierneben zu causa I. und II. ergangenen Urtheile des Ober-Appellationsgerichts vom 12. September d. J. unmöglich behaupten.

Erscheinen sonach die Gründe des vorigen Erkenntnisses unhaltbar, so fehlt es

2) nicht minder an sonstigen Momenten, durch welche der Antrag der Klägerin beseitigt würde. Denn die Verpflichtung des Mannes zum Kostenvorschuß in einem Ehescheidungsprozeß ist in den Rechten begründet und die Einwendungen des Beklagten, welche aus dem Mitnehmen des Mobiliars 2c. hergeleitet werden, waren schon deßhalb zu verwerfen, weil der Beklagte zu dessen Versilberung keine Erlaubniß gegeben hat. Der aus der Einkassirung von zum Heirathsgut gehörigen Capitalien entnommene fernere Grund der Befreiung ist beim

Leugnen dieser Eigenschaft des Geldes völlig illiquid und der Besitz von Geldmitteln auf Seiten der Frau kann den Mann von seiner Verpflichtung, die Kosten des Scheidungsprozesses vorläufig zu tragen, jedenfalls in dem vorliegenden Falle nicht befreien, wo ein Antrag auf Alimentation während des Scheidungsprozesses nicht gestellt ist, die Klägerin mithin die Kosten ihres und der Kinder Unterhalts zur Zeit aus eigenen Mitteln bestreitet.

3) Der Betrag der geforderten Erhöhung stellt sich in Beihalt der in den Appellations-Acten I. hervorgehobenen Momente nicht als zu hoch gegriffen dar, und eine Verpflichtung, den Antrag auf Erhöhung des Kostenvorschusses in erster Instanz anzubringen, ist nicht vorhanden. Der angebliche Mangel ausreichender Verhandlung über den Betrag der Rechnung über das Mitgenommene und über das Einkassirte konnte aber um so weniger berücksichtigt werden, als Beklagter in jetziger Instanz sich jeder materiellen Einwendung dawider enthalten hat.

4) Bei der Grundlosigkeit des von dem Beklagten erhobenen Widerspruchs hat derselbe die in voriger Instanz, wo der Antrag zuerst gestellt ist, erwachsenen Kosten zu tragen, die Kosten jetziger Instanz aber waren bei dem Wechsel der Erkenntnisse zu vergleichen.

207.

Johann Peter Hänlein, Nachlaß, insbesondere Regulirung dieser Verlassenschaft betreffend.

Vorbemerkung.

Der Nachlaß des im December 1853 verstorbenen Johann Peter Hänlein bestand nach Inhalt des von dem Fiskalate an das Stadtgericht II. erstatteten Berichts aus dem Antheile des Erblassers an einem mit Joseph Hänlein gemeinsam betriebenem Handelsgeschäfte und aus weniger Fahrniß, welch' letztere durch das Fiskalat in einem Schranke unter Amtssiegel gelegt wurde. — Sämmtliche ab intestato berufenen Erben des Verstorbenen traten zwar die fragliche Verlassenschaft bei dem Stadtgericht II. an, stellten aber während mehrerer Jahre nicht den zur Beendigung dieser Nachlaßsache erforderlichen Antrag auf Erbeinweisung und Entsiegelung, indem sich inzwischen ein Streit über Inventarisation des Handelsgeschäfts und Eruirung des Antheils des Erblassers zwischen dem Miterben und Geschäftstheilhaber Joseph Hänlein und den übrigen Erben entsponnen hatte. — Auf im December 1858 eingereichten Bericht des Fiskals, in welchem bemerkt worden, daß der Schlüssel zu dem versiegelten Schranke noch in amtlicher Verwahrung sei, verfügte das Stadtgericht II. mit Beschluß vom 25. Februar 1859, daß die aufgetretenen Erben binnen 3 Monaten die Erledigung dieser Nachlaßsache zu bewirken hätten bei Vermeidung, daß sonsten in Gemäßheit des gemeinen Bescheids vom 20. Februar 1623 von Amtswegen ein curator bonorum verordnet werden würde.

Durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 8. April 1859 wurde dieser Bescheid bestätigt, durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 19. September 1859 aber verfügt, daß die fragliche **Nachlaßsache bis auf weiteres Anrufen zu beruhen habe.**

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts.

Wenngleich im Allgemeinen die fortdauernde Geltung des in den vorderen Instanzen für das angedrohte Präjudiz einer für den Nachlaß des Johann Peter Hänlein und zu dessen Regulirung zu bestellenden cura bonorum allegirten gemeinen Bescheids vom 20. Februar 1623 in

Beyerbach, Sammlung rc. Bd. I. S. 239.

unbedenklich und auch bereits vom Ober-Appellationsgerichte in judicando anerkannt worden ist,

vgl. Bender, Handb. des Fftr. Rechts. § 154. sub 2. 606. 607.

und wenngleich nach Zweck und Wortlaut desselben es eben so wenig einem Zweifel unterliegen kann, daß eine derartige Curatelbestellung „nach Gestalt der Sache" auch „von Amtswegen" verfügt werden dürfe und keineswegs den Antrag eines „Interessenten" am Nachlaß zur unerläßlichen Voraussetzung habe, geschweige denn auf den, hier allerdings, soviel die Acten ergeben, nicht vorliegenden Fall beschränkt bleiben müsse, wo von „Nachlaß-Creditoren" die Erledigung der von den Erben verzögerten Nachlaß-Regulirung beantragt wird, so mußte doch unter den hier vorliegenden Umständen der Antrag der Appellanten, daß von derartigen Maßregeln Umgang genommen werde, und die Nachlaßsache ihres Sohnes resp. Bruders Johann Peter Hänlein bis auf weiteres Anrufen beruhen bleibe, für gerechtfertigt erachtet und demgemäß der weiter hierher verfolgten Beschwerde Folge gegeben werden.

Jene im Vergleich zu dem gemeinen Recht eben so singuläre, als für die Dispositionsfreiheit volljähriger Erbinteressenten präjudicirliche Maßregel kann, wie das Ober-Appellationsgericht bereits in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 20. September 1845 in Sachen Heintz ca. Heintz*) des Näheren ausgeführt hat, überhaupt nur die triftigsten und dringendsten Gründe gerechtfertigt werden. Es wird daher, zumal im Hinblick auf den Aufwand von Kosten und Mühen, welcher damit theils überhaupt unvermeidlich verbunden ist, theils je den concreten Umständen nach, wie bei der hier fraglichen

*) Siehe Seite 96.

Bilancestellung für das zwischen dem Verstorbenen und dessen Bruder Joseph bestandene gemeinschaftliche Handelsgeschäft davon zu gewärtigen steht, von solcher unfreiwilligen Nachlaßregulirung da abzusehen sein, wo durch den Verzug weder die materiellen Interessen Einzelner gefährdet erscheinen, noch auch für die allgemeine Rechtsordnung und für die Stellung und Thätigkeit der zu ihrer Aufrechthaltung bestimmten Gerichte irgend erhebliche Uebelstände daraus erwachsen können. Nun aber ergeben die Acten, daß mit dem im alleinigen und wohlberechtigten Besitze jenes Handelsgeschäfts verbliebenen Joseph Hänlein, welcher zugleich in Folge der seinerseits unbedingt erklärten Erbschaftsantretung, sowie als früherer Socius des Verstorbenen schlechthin für alle etwa vorhandenen Schuldverbindlichkeiten des letzteren tenent ist, sämmtliche übrige Erbschafts-Interessenten, einschließlich der in jetziger Instanz als Mit-Appellantin betheiligten Mutter, sich verglichen haben und gegen gewisse baar ausgezahlte resp. verschriebene Pauschsummen alle ihre an den Nachlaß habenden Rechte und Ansprüche cessionsweise auf Jenen übertragen haben. Freilich ist der deßfallsige urkundliche Nachweis nicht bei dem Stadtgerichte, bei welchem die Auflage einer Bilancestellung zum Behufe der Nachlaßinventur beantragt war, und welches in dem Decrete vom 25. Februar 1859 unter dem Präjudiz der sonst zu gewärtigenden Curatelbestellung die Erledigung der Nachlaßsache aufgegeben hat, sondern nur bei dem Appellationsgericht in Anlaß der wider gedachtes Decret ergriffenen Berufung, auch nur durch Vorlegung einfacher Copieen erfolgt. Allein jedes hieraus etwa erwachsende formelle Bedenken ist in Betreff der Mitappellantin durch ihren Anschluß an die Anträge des Joseph Hänlein, außerdem noch für sie, sowie für die Schwestern des letzteren und für dessen Bruder Carl Theodor vollständig dadurch beseitigt, daß deren zu den Acten legitimirte Bevollmächtigte schon zu dem stadtgerichtlichen Commissions-Protokolle vom 29. August 1855 die Angabe des Joseph Hänlein als richtig bestätigt haben, es sei die Sache, mit Ausnahme des Einen Erben, Gustav Hänlein, verglichen. Soviel aber diesen anlangt, welcher den anfangs von seinem Bruder Carl Theodor gestellten Antrag auf Bilanceziehung sich angeeignet und nicht gleich Jenem förmlich zu den Acten zurückgenommen hat, so liegt wenigstens dafür, daß auch mit ihm eine vergleichsweise Erledigung

der Sache versucht worden, in jenem Protokolle und in einem Schreiben seines Vertreters ein formell genügender Beweis vor, und daß diese anfangs mißglückten Vergleichsversuche später in der Maßen, wie das abschriftlich vorgelegte Document vom 2. October 1857 besagt, zum Ziele geführt haben, findet darin, daß das jetzt in Frage stehende Stadtgerichtsdecret auch dessen nunmehrigem Bevollmächtigten insinuirt wurde und diesen so wenig zu Widerspruch, als zu irgend welchem Antrage auf gerichtliche Erledigung der Angelegenheit veranlaßt hat, eine so gewichtige Unterstützung, daß es als hinlänglich bescheinigt gelten kann, die hier fragliche Nachlaßsache sei allseitig auf gütlichem Wege in einer Weise geordnet, bei welcher die Inventur und die zu derem Behufe unerläßliche Stellung einer Geschäftsbilance ohne alles materielle Interesse ist, und deren Beschaffung, auf welchem Wege immer bewirkt, nur eine leere, für den Handlungsinhaber Joseph so kostspielige als mühevolle Förmlichkeit sein würde. Indem nun auch weder überhaupt aus deren Unterbleiben, bewandten Umständen nach und bei derzeitiger Sachlage „dieses Orts Obern und den Justitien beschwerliche vorgebliche Nachreden“ zu befürchten stehen, noch insbesondere daraus, daß der Schlüssel zu dem Schranke, in welchem der allem Anscheine nach ganz geringfügige Mobiliarnachlaß aufbewahrt ist, noch längere Zeit in Asservation des Fiskalats verblieben, für diese Behörde oder die Gerichte „viel vergebliche Mühe“ erwachsen kann, mußte es unbedenklich und gerade durch den gemeinen Bescheid vom 20. Februar 1623 gerechtfertigt erscheinen, dem Widerspruch, welcher gegen das daraus entnommene Präjudiz appellantischerseits erhoben worden ist, gebetenermaßen Folge zu geben und die officielle und förmliche Regulirung dieser allerdings schon seit mehr denn sechs Jahren bei den Gerichten obschwebenden Nachlaßsache vorläufig auf sich beruhen und von weiteren geeigneten Anträgen der Betheiligten abhängig bleiben zu lassen.

Auszug aus der Seite 93 angezogenen Entscheidung
in Sachen:

Heintz ca. Heintz vom Jahre 1845.

Faßt man

1) die Frage, ob, wenn ein Erbe, der, wie die Kläger, zugleich Gläubiger des Erblassers ist, dessen Erbschaft cum beneficio inventarii antritt, zur Vertretung des Nachlasses gegen die Forderung der Erben ein Curator zu bestellen sei, zuvörderst ganz allgemein auf, so ist dieselbe

a) nach gemeinem Rechte, wiewohl von den älteren Praktikern häufig bejaht, wie dies

Faber, Codex defin. for. L. VII. Tit. 19. def. 17.

Mevii, Decisiones. L. II. dec. 166.

bezeugen, doch unbedenklich zu verneinen. Denn das Römische Recht kennt einen solchen Curator nicht, sondern in Beziehung auf die Güter eines Verstorbenen nur in den beiden Fällen, wenn entweder kein Erbe vorhanden ist,

L. 1. § ult. D. de muneribus.

oder der Vorhandene mit der Antretung säumt.

L. 8. D. quibus ex causis.

Und dies erklärt sich auch ganz einfach, wenn man erwägt, daß, obgleich die Forderungen des Beneficialerben an den Nachlaß nicht durch confusio erlöschen, er doch in dem einzigen Falle, wo überall eine gerichtliche Entscheidung über deren Rechtsbestand nöthig wird, wenn nämlich der Nachlaß insolvent ist und er anderen Creditoren desselben einen Abzug sollte machen wollen, die Sache mit diesen, etwa seine Forderung anfechtenden Gläubigern direct auszumachen hat, ohne daß es zu dem Ende irgendwie eines den Nachlaß vertretenden Curators bedarf,

L. ult. § 9. C. de jure deliberandi.

Faber, de erroribus pragmaticorum. P. I. Dec. 2. Error 3.

indem es sich sogar fragt, ob die Gläubiger an eine Entscheidung gebunden sein würden, die zwischen dem Erben und einem ohne ihr Zuthun und ohne sie vorher darüber vernommen zu haben, bestellten Curator erfolgt wäre;

b) auch das Frankfurter Recht schreibt in der von den Klägern geltend gemachten Verordnung vom 20. Februar 1623 zwar die Bestellung eines curator bonorum für den Fall vor, wo eine Erbschaft bereits cum beneficio angetreten ist, und enthält also insofern allerdings etwas im Römischen Rechte nicht Vorkommendes; allein sie ordnet diese Bestellung nicht zu Gunsten des Beneficialerben an, sondern bedroht ihn vielmehr damit als Strafe, wenn er die Auseinandersetzung der Erbschaft nicht gehörig betreiben sollte; daher denn der Beneficialerbe selbst aus dieser Verordnung unmöglich ein Recht, die Bestellung eines Curators zu verlangen, herleiten kann. — Sieht man aber

2) auf die besondere Lage des vorliegenden Falles, auf welche die Kläger sich auch hauptsächlich stützen, wo die Beklagte als Wittwe des Erblassers dessen ihr die Statutarportion entziehendes Testament anficht, und die Gerichte, statt die Kläger vorläufig in den Besitz des Nachlasses auf den Grund des äußerlich fehlerfreien Testaments zu immittiren, eine Sequestration des Nachlasses angeordnet haben: so sind freilich die Kläger dadurch außer Stand gesetzt, sich wegen ihrer Forderung zur Zeit aus dem Nachlasse bezahlt zu machen, allein sie haben deßhalb doch nicht das Recht, zu verlangen, dieselbe mit einem dazu zu bestellenden Curator auszumachen, sondern es bleibt ihnen nichts übrig, als entweder die Sache einstweilen bis zu erledigtem Erbschaftsstreite ruhen zu lassen, oder, wenn sie dies nicht wollen, sie gegen die Beklagte fortzusetzen. Es fehlt nämlich durchaus an allen Gründen, um gegen die allgemeine Regel, wonach jede großjährige und selbstständige Person berechtigt ist, ihre Rechtsstreitigkeiten selbst auszufechten, der Beklagten einen Curator aufzudringen; wenigstens ist ein solcher Grund in der Ungewißheit, ob die Beklagte die Erbin ihres Ehemannes sei, nicht erfindlich, indem vielmehr die Rechte für solche Fälle, wo es zweifelhaft ist, wer von zwei Personen der eigentliche Erbe sei, nicht die Bestellung eines Curators zur Vertretung des Nachlasses vorschreiben, sondern den Gläubiger ermächtigen, den Einen, sowie den Andern in Anspruch zu nehmen.

L. 4. § 1. D. si cui plus quam per legem Falcidiam.

L. 12. § 1. C. de petitione hereditatis.

Hiernach steht es den Klägern vollkommen frei, den Prozeß wegen ihrer Forderung von fl. 4074 sogleich mit der Beklagten fort=

zusetzen, um für den eventuellen Fall, daß diese künftig als Statutar-erbin sollte erkannt werden, ein condemnatorisches Urtheil wider sie auszuwirken, was die Beklagte, die sich fortwährend seine Erben-qualität beilegt, nicht füglich ablehnen kann, und die Kläger, abgesehen von den von ihr zu besorgenden Chicanen, an sich eben so schnell zum Ziele führen wird, als die Verhandlung mit einem Curator. Auch entbehrt Alles, was die Kläger sonst noch für eine solche Curatel-bestellung geltend machen, jedes zureichenden Grundes. Denn wenn sie sich

a) darauf berufen, daß doch das Römische Recht z. B. in L. 7. § 11. (rectius 19) L. 8. u. L. 9. D. quibus ex causis bei ver-wickelten Erbschaftsverhältnissen zum Besten der Gläubiger Curatel-bestellungen gestatteten, so kommt dagegen in Betracht, daß diese gesetz-lichen Vorschriften, wenn sie auch nicht auf die speciellen, in den an-geführten Stellen vorkommenden Fälle zu beschränken sein dürften, doch jedenfalls einen Nothfall voraussetzen, wo den Gläubigern in keinem anderen Wege geholfen werden kann, ein solcher Nothfall aber nach dem oben Bemerkten hier nicht vorliegt, indem vielmehr die Gesetze für den Fall, wo eine Erbschaft zwischen mehreren Personen streitig ist, wie bemerkt, jenen anderen Ausweg an die Hand geben.

b) Eben so unhaltbar ist es, wenn sie meinen, daß eine Ent-scheidung, die ein Gläubiger gegen einen bloßen possessor hereditatis, dessen Erbenqualität noch nicht gewiß sei, auswirken möchte, ihm keine volle Sicherheit gewähren würde. Denn die oben angeführten Stellen des Römischen Rechts, welche den Gläubiger anweisen, die mit einander streitenden Erben Beide in Anspruch zu nehmen, setzen ja gerade diesen Fall voraus; und es würde ein gegen die Beklagte erstrittenes Urtheil für den Fall, daß sie künftig als Statutarerbin anerkannt werden sollte, ihm volle Sicherheit und überdies, wie unten noch vor-kommen wird, für den Fall, daß sie in dem Erbschaftsprozesse unterliegen sollte, in Ansehung des auch dann in Betracht kommenden Betrages der Errungenschaft allein Sicherheit gewähren.

Wenn ferner

c) die Kläger es geltend machen, daß sie den Prozeß aus dem Grunde nicht wohl gegen die Beklagte fortsetzen könnten, weil sie diese dadurch als Statutarerbin anerkennen würden, so ist es klar, daß,

da die Kläger gleichzeitig in einem anderen Prozesse die Erbenqualität der Beklagten bestreiten und der Grund, der sie ungeachtet jenes Prozesses zur Fortsetzung des gegenwärtigen veranlaßt, offen vorliegt, jene Anerkennung unter diesen Umständen nicht wohl würde gefolgert werden können. Um indessen jeden Anstand in dieser Beziehung zu beseitigen, ist in das Urtheil ein besonderer Vorbehalt aufgenommen worden.

Gleichfalls unerheblich ist

d) der Einwand, daß ihnen nicht zuzumuthen stehe, einen Prozeß gegen die Beklagte zu führen, der, wenn diese in dem Erbschaftsprozeß unterliegen sollte, ganz unnütz sein würde. Denn theils würde dies, wenn es richtig wäre, bei der Fortsetzung des Prozesses gegen einen curator ad hoc ganz in gleichem Maße der Fall sein, theils ist es keineswegs richtig, indem die Hälfte der ehelichen Errungenschaft jedenfalls der Beklagten zusteht, mithin selbst dann, wenn dieselbe der Statutarerbschaft sollte verlustig erklärt werden, die Frage von dem Dasein oder doch der Größe der Errungenschaft immer eine Entscheidung über den Rechtsbestand der Forderung der Kläger zwischen ihnen und der Beklagten nöthig machen würde.

Ja, es würde für diesen Fall gerade die Fortsetzung des Prozesses gegen einen curatorem ad hoc, als Vertreter des Nachlasses, etwas ganz Unnützes sein, indem ein gegen diesen erstrittenes günstiges Urtheil gegen die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Eigenthümerin der halben Errungenschaft schwerlich würde geltend gemacht werden können. Nun haben freilich die Kläger

e) endlich noch auf die Weiterungen und Chicanen hingewiesen, denen sie in einem Prozesse mit der Beklagten würden ausgesetzt sein; und allerdings erscheint diese Besorgniß nach dem, was die Acten schon jetzt ergeben, nicht ohne Grund. Allein eine solche Besorgniß mag unter Umständen zwar wohl einen Antrag auf Ableistung des juramentum malitiae gegen die Partei und ihren Sachführer rechtfertigen, auch den Richter veranlassen, von Amtswegen darauf zu erkennen. Ref. I. Tit. 84.

Kein Gesetz aber gestattet einer Partei wegen Verdachts gefährdevoller Prozeßführung die eigene Betreibung ihrer Sache zu entziehen und statt ihrer einen Curator zu bestellen.

208.

Albert Morgenstern zu Berlin, Kläger, Widerbeklagter, gegen **J. F. Haast,** Beklagten, Widerkläger, jetzt beiderseits Appellanten, Forderung und Gegenforderung aus Commissionsgeschäften betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 26. September 1859.

Bei Beurtheilung der derzeit annoch streitigen Geschäfte war mit den vorigen Urtheilsverfassern und in Beihalt des Gesammtinhalts der unter den Parteien gepflogenen Correspondenz, wie dieselbe in den gegenwärtigen Acten enthalten ist, davon auszugehen, daß der Kläger als Verkaufs- resp. Einkaufs-Commissionär des Beklagten anzusehen sei, indem hieran auch namentlich durch den von dem Beklagten wiederholt geltend gemachten Umstand, daß Kläger bei Meldung der Ausführung eines Geschäfts regelmäßig hervorgehoben hat, „Beklagter habe den Kläger deßfalls als seinen Contrahenten anzusehen," nichts geändert wird, weil diese Bemerkung nur hervorhebt, Kläger wolle Commissionär, nicht Mandatar des Beklagten sein. Aus dieser Natur der Geschäfte ergibt sich aber, daß Kläger in allen Fällen, wo er ein Geschäft ausgeführt hat, oder so angesehen werden muß, als habe er solches gethan, berechtigt ist, die betreffenden Provisionen zu kürzen. Anlangend nun

1) den vierten Gegenforderungsposten des Beklagten und Widerklägers zum Betrage von Thlr. 3200 preuß. Courant, so hat das Stadtgericht denselben verworfen: der Beklagte und Widerkläger

dagegen mittelst seiner ersten Beschwerde voriger Instanz verlangt, daß er für liquid erkannt werde, und das Appellationsgericht diesem Verlangen nur bedingt entsprochen, indem es dem Kläger die Beweise nachläßt, er habe am 18. Februar 1856 zur Ausführung des ihm am 15. desselben Monats von dem Beklagten gewordenen Auftrags die erforderlichen Schritte gethan, einen annehmbaren Käufer aber nicht gefunden, oder, der Beklagte habe auf diese Forderung Ende Februar resp. Anfang März desselben Jahres verzichtet.

Diese Beweisnachlassung halten beide Theile für unnöthig. Der Kläger theils deßhalb, weil der Beweis des Verzichts bereits vorliege, und jedenfalls die Replik die Beweisauflage unnöthig mache; eventuell nur dem Beklagten der Beweis eines den Kläger treffenden groben Verschuldens nachgelassen werden könne, der Beklagte dagegen deßhalb, weil es nach Inhalt der Acten einer Beweisnachlassung nicht mehr bedürfe. Eventuell jedoch habe der Kläger eine andere Fassung des ersten, ihm von dem Appellationsgerichte nachgelassenen Beweises verlangt, der Beklagte dagegen mittelst seines eventuellen Gravamens darauf angetragen, daß ihm ein alternativer Beweis von Repliken gestattet werde. Es fragt sich daher zunächst,

A. ob der Posten um deßwillen zu verwerfen sei, weil der Beklagte seinen Anspruch aus diesem Roggengeschäft mittelst Schreibens vom 24. Februar 1856 aufgegeben habe. Dieser von dem Stadtgerichte befolgten Auffassung konnte jedoch nicht beigetreten werden. Der Beklagte hatte dem Kläger am 15. Februar 1856 wiederholt den Auftrag ertheilt, 200 Wispel Roggen pro Frühjahr à 79 bis 80 zu verkaufen. Die Annahme dieses Auftrages abseiten des Klägers steht durch dessen Schreiben vom 16. Februar 1856, und nicht minder durch dessen eigenes Coursblatt über die Börse vom 18. Februar 1856 fest, daß für Frühjahrroggen an jenem Tage 79¾ bis 79 bezahlt worden sind. Hat also, worüber unten das Weitere zu ersehen, Kläger zum Limito des Beklagten das Geschäft abschließen können und müssen, seiner deßfallsigen Verpflichtung aber nicht entsprochen, so ist er, von besonderen Entschuldigungsgründen abgesehen, verbunden, den Beklagten zu entschädigen, und dieser hat ihn daher in seinem Schreiben vom 22. Februar deßfalls mit Recht verantwortlich gemacht. Wenn sich nun der Kläger in dem Schreiben vom 23. Februar mit dem Mangel

eines paßlichen Contrahenten entschuldigt, von dem langsamen Steigen der Preise spricht, noch nichts für versäumt hält und sofortige Antwort verlangt, falls der Beklagte die Effectuirung seiner Ordre wünsche, und der Beklagte darauf am 24. Februar erwidert, die Notirungen des Klägers müßten unrichtig sein, wenn er einen Käufer zu 79 bis 79¾ nicht habe erreichen können, und Beklagter wolle hoffen, daß Kläger an der Börse vom 25. den fraglichen Auftrag zu erfüllen im Stande sein werde, ohne jedoch hinzuzufügen, wenn das nicht der Fall sei, so verbleibe es bei seinem Anspruche vom 22., so kann ihm Letzteres nicht zum Nachtheil gereichen. Er hat keineswegs seinen früheren Auftrag für erledigt erklärt, und einen neuen gegeben, sondern er hat von dem Kläger nur verlangt, dieser möge wenigstens jetzt sofort verkaufen, um dadurch seine frühere Handlungsweise wieder gut zu machen. Ließ sich nun an der Börse vom 25. zu dem Limito des Beklagten nicht verkaufen, so war der Beklagte am 27. Februar noch vollkommen berechtigt, darauf zurückzukommen, daß der Kläger seinen Verpflichtungen nicht entsprochen habe, und den Schaden, welcher dem Beklagten aus der gedachten Handlungsweise erwachsen könnte, zu tragen verpflichtet sei. Es ist daher von dem Appellationsgerichte der ersten Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz mit Recht entsprochen worden, und die zweite Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz mußte demgemäß insoweit verworfen werden, als derselbe aus Beklagtens Antwort vom 24. Februar einen Verzicht des Beklagten ableiten zu können vermeint. Es fragt sich daher,

B. ob der Kläger überhaupt, und ob er schon jetzt zu verpflichten sei, den durch seine Unterlassung verursachten Schaden dem Beklagten zu ersetzen. In dieser Beziehung steht so viel fest, daß ein Commissionär, welcher einen bestimmt erhaltenen und angenommenen Auftrag nicht ausführt, dem Beweise gegenüber, daß das Limitum, welches der Committent gesetzt hatte, zu erreichen war, die Umstände nachzuweisen hat, durch welche er veranlaßt wurde, das betreffende Geschäft nicht abzuschließen, denn er hat die Anwendung der einem Bevollmächtigten obliegenden Sorgfalt nachzuweisen.

Nun liegt aber

a) der Inhalt des Auftrages und dessen Annahme erwiesen vor, da die Aufstellung des Klägers, die Ausführung sei seinem Ermessen

anheimgestellt gewesen, der Fassung der Schreiben vom 15. und 16. Februar widerspricht, und Kläger bei dem kategorischen Inhalt des nunmehrigen Auftrags, welcher von dem Inhalt der früheren, vom 2., 6. und 11. Februar, wesentlich abweicht, nicht berechtigt ist, seiner zustimmenden Antwort, wegen des Zusatzes, er werde darauf zurückkommen ꝛc., eine beschränkende Bedeutung zu geben. Zweifelhafter ist es dagegen,

b) ob nicht der Kläger berechtigt war, den Auftrag so lange unausgeführt zu lassen, bis die Höhe von Thlr. 80 erreicht war, und ob nicht, da es an einer Behauptung des Beklagten fehlt, daß zu diesem Cours an den dem 16. Februar folgenden Börsen verkauft sei, der ganze Anspruch des Beklagten zu verwerfen sei. Berücksichtigt man indessen die dem Briefe vom 15. Februar vorhergehenden Aufträge und dessen auf nunmehrige definitive Realisirung der Verkaufsordres gerichteten Inhalt, so durfte es dem Kläger nicht zweifelhaft sein, daß sein Auftrag nunmehr dahin laute, er solle bemüht sein, den Cours von 80 zu erlangen, jedoch jedenfalls auch schon zu 79 abschließen. Der Kläger konnte daher nicht bloß, sondern er mußte solches thun, und da sein eigenes Coursblatt diese Möglichkeit nachweist, so lag es ihm ob, seine Schuldlosigkeit darzuthun.

War sonach das Verlangen des Klägers, daß ihm von dem Beklagten grobes Verschulden nachgewiesen werde, jedenfalls unbegründet, so durfte andererseits eben so wenig, wie der Beklagte mittelst seiner, in der gegenwärtigen Instanz ihrem principalen Theile nach wiederholten ersten Beschwerde voriger Instanz verlangt, die Schadensersatzpflicht des Klägers sofort anerkannt werden, wenn sich dieser zum Beweise, sorgfältig seine Vollmacht ausgeführt zu haben, erboten haben sollte. Das ist aber von ihm schon in dem Schreiben vom 23. Februar 1856 und nicht minder in der Replikenschrift geschehen. Hiernach ist die von dem Appellationsgerichte dem Kläger gestattete Beweisnachlassung an sich gerechtfertigt, und es fragt sich daher,

C. ob die von dem Appellationsgerichte gewählte Fassung sachgemäß erscheint. Auch diese Frage war zu bejahen und die dawider gerichtete fünfte Beschwerde des Klägers zu verwerfen. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der von dem Appellationsgerichte gewählten

und der von dem Beklagten vorgeschlagenen Fassung liegt nicht vor. Um den Beweis zu führen, daß der Kläger einen annehmbaren Käufer nicht gefunden, oder daß, wie der Kläger vorschlägt, es an einem passenden Contrahenten gefehlt habe, war es für den Commissionär erforderlich, zunächst die handels- und ortsüblichen Schritte zu unternehmen, durch welche ihm die Möglichkeit eines Käufers verschafft wird. Es kann daher den Kläger nicht beschweren, wenn dieser, für die Führung seines Beweises nothwendige Umstand in den Beweissatz mit aufgenommen ist. Auch ist das Appellationsgericht durch die vorliegende Beweisnachlassung nicht über die Behauptungen des Beklagten hinausgegangen und wäre dieses der Fall, so hatte dasselbe jedenfalls die Befugniß, den Beweissatz den Rechten gemäß zu normiren. Zweifelhafter dagegen könnte es sein, ob nicht der erste, dem Kläger auferlegte Beweis genügt hätte, und dem Beklagten der Beweis aufzulegen gewesen wäre, es seien unter den Personen, welche an der fraglichen Börse Geschäfte abgeschlossen, paßliche Contrahenten gewesen. Abgesehen indessen davon, daß nach dieser Richtung hin eine Einwendung von dem Kläger nicht gemacht ist, so war bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen, daß auch solvente Geschäftsmänner an der Börse abgeschlossen haben, und es gehörte also zum Entschuldigungsbeweise des Klägers, daß es an solchen an dem fraglichen Tage gefehlt habe.

D. Konnte der Beklagte verlangen, daß ihm ein Replikenbeweis dahin nachgelassen werde, das Coursblatt des Klägers sei bei den beiderseitigen Geschäftsabwicklungen stets maßgebend gewesen, oder dahin, Kläger habe ihm mitgetheilt, in seinem Coursblatt würden nur die Preise notirt, zu denen die ersten Firmen wirklich abgeschlossen hätten? Beide Behauptungen finden sich von dem Beklagten aufgestellt, und andererseits von dem Kläger in Abrede genommen. Allein die zweite derselben, eine einseitige Erklärung des Klägers, ist theils um deßwillen, theils ihrem Inhalte nach nicht geeignet, den Einredebeweis des Klägers zu elidiren. Ungeachtet des Umstandes, welchen der Kläger in Betreff seines Coursblattes behauptet haben soll, bleibt es sehr wohl möglich, daß derselbe in einem einzelnen Falle den aufgetragenen Verkauf nicht effectuiren konnte. Eben so wenig aber eignet sich die erste Behauptung zu einer Beweisnachlassung. Man kann

sich bei gedachten Worten nicht denken, es habe in der Absicht des Beklagten gelegen, das Vorhandensein eines ausdrücklich abgeschlossenen Vertrages zu behaupten, dahin gerichtet, sobald Beklagter einen Auftrag gebe, müsse ihn der Kläger zu dem im Coursblatte notirten Preise ausführen. Die Worte deuten nur darauf, in dem bisherigen Geschäftsgang unter den Parteien seien die Preise des Coursblattes zum Grunde gelegt, und daraus folge, daß dasselbe auch fernerhin geschehen müsse. Allein diese Folge kann, ungeachtet eines noch so langen Geschäftsverkehrs, in welchem die betreffende Norm zur Anwendung gebracht ist, nicht als richtig anerkannt werden. Hat der Commissionär sich nicht im Voraus verpflichtet, zu dem Preise des Coursblattes eventuell selbst als Käufer einzutreten, so wird er jedenfalls, und wenn er auch noch so lange die betreffenden Geschäfte zu den in dem Coursblatte festgestellten Preisen regelmäßig ausgeführt hat, durch den Beweis befreit, er habe in einem concreten Falle das Seinige gethan, der Abschluß sei ihm jedoch nicht gelungen.

2) Die Gegenforderung des Beklagten unter Nr. 5. wird von diesem mit Thlr. 712½ geltend gemacht und ist in dem Stadtgerichtsurtheil auf Thlr. 675 rectificirt. Da sie indessen in der Differenz des Verkaufspreises von 300 Centner rohem Rüböl à Thlr. 16⅝ und des Einkaufspreises dieses Oels von Mitte Mai à Thlr. 14½ besteht, die Differenz also nicht Thlr. 2⅜, sondern Thlr. 2⅛ beträgt, so war der Posten nicht auf Thlr. 675, sondern auf Thlr. 637½ festzustellen, und außerdem in Gemäßheit der obigen Ausführungen von der Verkaufssumme ad Thlr. 4987½ eine Provision von 1½ pCt. mit Thlr. 74⅘, sowie von der Einkaufssumme ad Thlr. 4350 eine Einkaufsprovision von 1⅓ pCt. mit Thlr. 58, zusammen also Thlr. 132⅘ zu kürzen, mithin der Posten auf Grund der zweiten Beschwerde des Beklagten in voriger und jetziger Instanz, sowie unter Verwerfung der Ausführungen des Klägers zur sechsten Beschwerde jetziger und zur dritten und vierten Beschwerde voriger Instanz mit Thlr. 504⁷⁄₁₀ für liquid zu erklären. Denn

A. die Behauptung, das Verkaufsgeschäft sei nicht zum Abschluß gelangt, weil der Beklagte die Vollziehung der Verkaufsordre nicht acceptirt habe, was nach Berliner Uesance nothwendig gewesen sei, um das Geschäft zur Perfection zu bringen, so konnte eine derartige

Uesance nicht einmal insoweit Berücksichtigung finden, daß dieselbe zum Beweise verstellt, und dem Beklagten der betreffende Gegenbeweis späterer Anerkennung des Geschäfts nachzulassen gewesen wäre. Zwar wird man darin dem Stadtgericht beizupflichten haben, daß bei dieser Frage nicht die Form des Geschäftes, sondern dessen Inhalt, das Vorhandensein vollständiger Willenseinigkeit, in Betracht, und mithin das zu Berlin geltende Recht zur Anwendung komme. Allein zunächst ist es schon zweifelhaft, ob nicht der ganze Einwand um deßwillen zu verwerfen sei, weil er nur entnommen zu sein scheint aus dem Briefe des Klägers vom 25. Februar 1856, verb. „ich verkaufte .... unter alten hiesigen Uesancen," diese Bezugnahme aber lediglich auf das Verhältniß des Commissionärs zu den Käufern bezogen werden kann. Sodann dürfte es sich fragen, ob eine Uesance überhaupt Anerkennung finden könne, mit deren Inhalt der Betrieb des Commissionsgeschäftes sich schwerlich vereinigen läßt und jedenfalls, ob nicht ein derartiger, von dem gemeinen, wie preußischen Rechte gänzlich abweichender Inhalt dem auswärtigen Contrahenten ausdrücklich hätte angezeigt werden müssen, was nicht behauptet ist, und daraus, daß in anderen Fällen von dem Beklagten eine Rückäußerung auf die Mittheilung vom Abschluß der Geschäfte erfolgt ist, keineswegs gefolgert werden kann. Jedenfalls aber konnte auf die Uesance um deßwillen keine Rücksicht genommen werden, weil ihr Inhalt speciell darauf gerichtet sein müßte, daß derselbe in Fällen zur Anwendung gekommen sei, wo der Commissionär in Berlin, der Committent auswärts, insonderheit in Frankfurt sich befand, eine Behauptung, welche von dem Kläger nicht aufgestellt worden ist. Eben so wenig konnte

B. der aus der Verschiedenheit des Auftrags, welcher auf 250 Centner lautete, und der Ausführung, welche auf 300 Centner gerichtet ist, entnommene Nichtigkeitsgrund des ganzen Geschäftes, selbst nicht in Betreff der überschüssigen 50 Centner, für begründet erkannt werden. Nachdem nämlich der Kläger, welcher schon früher, am 21. August 1855, dem Beklagten angezeigt hatte, daß von Oel auf Termine nur Posten von je 100 Centner käuflich seien, in seinem Schreiben vom 25. Februar 1856 dem Beklagten bemerklich gemacht, daß nur in 100 Centner Posten verhandelt werde, war es offenbar die Pflicht dieses Letzteren, sich sofort darüber zu erklären, wenn er die Aus-

führung des Auftrages nur zu 250 Centner hätte gutheißen wollen. Da er dies unterlassen hat, so war er für 300 Centner gebunden, nicht minder aber auch andererseits der Kläger verpflichtet, den Verkauf zu diesem Betrage als gültig anzuerkennen. Dagegen waren

C. die sämmtlichen Einwendungen, durch welche der Kläger von der Abwicklung dieses Geschäfts frei geworden zu sein geglaubt hat, zu verwerfen. Es ist unbestritten, daß der Agent des Klägers, Spier, am 14. Mai 1856 im Auftrage des Beklagten den Kläger ersucht hat, die 300 Centner Rüböl des Beklagten per April-Mai baldmöglichst zu decken, und nicht minder, daß der Beklagte am 25. Mai unter Bezugnahme auf diesen Auftrag den Kläger aufgefordert hat, ihm über den Deckungskauf Mittheilungen zu machen, und endlich muß auf Grund des Art. 34 der Prov.-Proz.-Ordnung der obgedachte Einkaufspreis des Oels in der Mitte des Monats Mai um so mehr als zugestanden angesehen werden, als die Angaben des Klägers über die Preise zu Ende des Monats, weil unerheblich, nicht in Betracht kommen können und der Kläger überdies in gegenwärtiger Instanz die Bemerkung des Beklagten, daß dieser Punkt als feststehend anzusehen sei, völlig mit Stillschweigen übergangen hat: Anlangend aber die Gründe, durch welche der Kläger sich von der Verpflichtung, den Einkauf zu besorgen, befreien zu können vermeint, so kommt auf den Umfang der Vollmacht des Agenten Spier, auf die Frage, ob der Beklagte oder der Kläger Mitte Mai im Allgemeinen im Vorschuß gewesen, und auf die, ob er die Verpflichtung gehabt habe, dem Beklagten zu creditiren, und nicht gehalten gewesen sei, den Einkaufspreis für ihn vorzuschießen, im vorliegenden Falle überall nichts an. Denn der Kläger, welcher für die Contrahenten, mit denen er abschloß, dem Beklagten del credere stand, hatte die Verpflichtung, für den Kaufpreis der verkauften 300 Centner aufzukommen: er hatte also — da die Preise gefallen waren — mehr als den Einkaufspreis unter sich als ein Guthaben des Beklagten, und seine Bemerkung, er habe nicht wissen können, ob die Käufer bei der Annahme Weiterungen machen würden, ist völlig unzutreffend, da gerade er es war, welcher dem Beklagten dafür einzustehen die Pflicht hatte. Bei dieser Sachlage aber, und da jedes Geschäft unter den Parteien abgesondert abgewickelt wurde, war nicht abzusehen, weßhalb er außer Stande ge-

wesen sein sollte, die Einkäufe vorzunehmen. Auch kann er sich nicht damit schützen, bei den zwischen ihm und dem Beklagten zur Zeit der vorzunehmenden Einkäufe bereits ausgebrochenen Mißhelligkeiten habe es ihm nicht angesonnen werden können, weitere Geschäfte für denselben auszuführen. Wollte er nämlich sich von deren Ausführung aus diesem Grunde zurückziehen, so war es seine Verpflichtung, seinen Mitcontrahenten hiervon, sei es direct oder durch Vermittlung des Agenten Spier, in Kenntniß zu setzen, und demselben die Möglichkeit zu geben, durch Bestellung eines anderen Commissionärs die zur Deckung bestimmten Einkäufe vornehmen zu lassen. Ein Schweigen, wie es geständigermaßen stattgefunden hat, würde also, wenn der Kläger die Ordre unausgeführt lassen wollte, gänzlich den Grundsätzen vom guten Glauben widerstreiten, und der Kläger ist folglich so anzusehen, als wenn er die Ordre ausgeführt hätte, und mithin verpflichtet, dem Beklagten die oberwähnte Differenz in Rechnung zu stellen.

III. Anlangend endlich den Verzicht des Klägers auf die Provisionsforderung, so kommt die deßfallsige Beweisnachlassung an den Beklagten gegenwärtig nur insofern in Betracht, als sie die in der Klage namhaft gemachten Geschäfte betrifft. Zwar wird in der Schlußerklärung auch der laufenden Geschäfte gedacht, und hiernach würde der Verzicht auch die bei I. und II. in Betracht gezogenen Provisionen betroffen haben. Da aber in gegenwärtiger Instanz kein Antrag auf eine weitere Fassung des Beweissatzes gestellt ist, so konnte die Provision für die laufenden Geschäfte, auch abgesehen davon, daß ihrer erst in der Schlußerklärung und nicht schon in der Vernehmlassung gedacht ist, nicht weiter berücksichtigt werden. In Beziehung auf jene Beweisnachlassung steht nun soviel fest, daß ein Verzicht während der Anwesenheit des Klägers in Frankfurt dahin, daß Beklagter keine Ansprüche wegen 50/m Quart Spiritus, Kläger keine Provisionsansprüche erhebe, von dem Beklagten mit Bestimmtheit behauptet, und von dem Kläger mit eben solcher Bestimmtheit in Abrede gestellt worden ist. An sich also würde die in dem Stadtgerichtsurtheil dem Beklagten gemachte Beweisauflage gerechtfertigt sein, da der Beklagte in der That keine Gegenansprüche wegen des Spiritus erhoben hat und nur dann in Wegfall kommen können, wenn der Beweis, daß jener Ver-

gleich nicht geschlossen sei, in den Acten bereits erwiesen vorläge. Zu dem Ende wird von dem Kläger geltend gemacht:

1) der Brief des Beklagten vom 28. März, in welchem des Spiritusgeschäftes als einer noch unerledigten Angelegenheit gedacht werde. Daß dieses aber wirklich der Fall gewesen sei, läßt sich aus den Worten jenes Briefes mit Bestimmtheit nicht entnehmen, und es ist ebensowohl möglich, daß der Beklagte dieses Geschäft nur erwähnt habe, um dem Kläger sein widerrechtliches, hierbei beobachtetes Verfahren vorzuhalten und ihn zu veranlassen, von ferneren Reclamationen abzustehen.

2) Ein ferneres, prozessualisch zulässiges Moment gegen die Annahme eines Abschlusses wird in dem Briefe des Beklagten vom 6. Februar 1856 gefunden, in welchem Beklagter die Nichtbefolgung des Telegrammes vom 4. Februar 1856 gutheiße. Sei damit ein Verzicht auf eine Entschädigung wegen Nichtbefolgung des Verkaufsauftrages ausgesprochen, so folge daraus, daß jener Anspruch nicht Gegenstand eines ferneren Vergleichs habe sein können. Allein so klar auch immer jenes Gutheißen in dem Schreiben vom 6. Februar enthalten ist, so läßt sich gleichwohl nicht in Abrede stellen, daß Beklagter in seinem Schreiben vom 24. Februar 1856 dem Kläger abermals Vorwürfe wegen Nichtbefolgung der Spiritusordre gemacht hat, und daß er ferner am 27. Februar, nach Besprechung mit einem Advokaten, seinen Entschädigungsanspruch wiederholt. Hieraus ergibt sich jedenfalls soviel, daß Beklagter, welcher keine Kunde vom Specialinhalt des am 4. Februar 1856 von Morgenstern an Spier gerichteten Schreibens gehabt haben will und aus Spier's unrichtigen Mittheilungen sein Schreiben vom 6. Februar 1856 erklärt, unmittelbar vor der Zusammenkunft mit dem Kläger in Frankfurt seinen unterm 6. Februar 1856 wegen dieses Postens ausgesprochenen Verzicht nicht für bindend erachtet hat. Daraus folgt aber, daß derselbe ein bestrittener war, und da dasselbe von der Provisionsforderung gilt, so stand nichts entgegen, beide Posten zum Gegenstand eines Vergleichs zu machen, dessen Beweis von dem Beklagten zu führen ist. Dabei bleibt es natürlich dem Kläger unbenommen, die in den Acten enthaltenen Momente, welche gegen die Annahme eines solchen Vergleichs sprechen, in geeigneter Weise im Beweisverfahren für sich in Anspruch zu

nehmen. Die erste Beschwerde des Klägers in voriger und jetziger Instanz war mithin zu verwerfen.

Nach vorstehendem Ergebniß mußte es in Betreff der Kosten voriger Instanz bei dem Appellationsgerichts-Urtheil verbleiben, die der gegenwärtigen aber waren nach Maßgabe des Inhalts des jetzigen Erkenntnisses und in Beihalt des durch die Beschwerden entstandenen Kostenaufwandes nur zur Hälfte zu vergleichen und die andere Hälfte dem Kläger aufzuerlegen.

209.

Joh. Philipp Grüneberg Erben, Kläger und Widerbeklagte, gegen **Joh. Christoph Greiß Erben,** Beklagte und Widerkläger.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 14. October 1857.

In Erwägung, daß

I. — — — — — — — — — — — —

II. die Sache selbst anlangend, und zwar:

A. bezüglich der Vorklage

a) es feststeht, daß der verstorbene Johann Philipp Grüneberg am 28. August 1851 einen am 30. September 1851 zahlbaren Solawechsel über fl. 12,300 zu Gunsten und an Ordre seines Schwiegersohnes Wilhelm Deppe ausgestellt und den Werth richtig erhalten zu haben bekannt hat, daß Wilhelm Deppe diesen Wechsel an den verstorbenen hiesigen Bürger und Handelsmann Johann Christoph Greiß girirte und der letztere hierauf für den angegebenen Betrag sammt Zinsen und Kosten gegen den Aussteller am 8. October 1851 einen Wechselbescheid und am 16. October 1851 ein richterliches Pfand auf dessen Antheil auf dem Grundstücke Gew. 9 Nr. 258 in der Frankfurter Gemarkung erwirkte, daß später nach einem Uebereinkommen der Johann Philipp Grüneberg'schen und der Johann Christoph Greiß'schen Erben das fragliche Grundstück verkauft wurde und nunmehr das Streit- und Pfandobject durch hiesige städtische Obligationen im Nominalbetrage von fl. 14,600 gebildet wird, welche aus dem Erlöse des verkauften Grundstücks angeschafft und nebst Coupons und Talons bei der Frankfurter Bank hinterlegt wurden;

b) die in den Nachlaß des am 13. Februar 1854 verstorbenen Johann Philipp Grüneberg am 26. Juni 1854 eingesetzten sämmtlichen großjährigen Kinder desselben, mit Ausnahme der Ehefrau des Wilhelm Deppe, Catharina Maria, geb. Grüneberg, am 14. Juni 1856 gegen die Erben des am 27. März 1854 verstorbenen Friedrich Carl Greiß, welcher am 17. Juni 1853 in den Nachlaß des am 5. Mai 1853 verstorbenen Johann Christoph Greiß eingesetzt worden war, auf Herausgabe der ihnen zukommenden sechs Siebentheile des sequestrirten, nunmehr hinterlegten väterlichen Nachlasses Klage erhoben haben, indem sie in der Klage behaupten, daß der verstorbene Johann Philipp Grüneberg auf eine trügerische Weise und ohne daß er dafür den Werth erhalten gehabt habe, zur Ausstellung des fraglichen Wechsels veranlaßt worden sei, daß Wilhelm Deppe sowohl, als auch Johann Christoph Greiß ihm vorgespiegelt hätten, diese Sache sei etwas rein formelles ohne wirkliche Bedeutung, er übernehme damit einverstandenermaßen nur dem Scheine nach eine Verpflichtung, der Wechsel bliebe in ihren Händen und es würde kein ihm oder seinen Kindern nachtheiliger Gebrauch davon gemacht, und daß ihm namentlich Johann Christoph Greiß vorgespiegelt hätte, er werde aus dem Indossamente keinerlei wirklichen Anspruch erheben und er verfolge mit der Einklagung des Wechsels und mit der darauf vorgenommenen Nachtung nur zum Scheine, nicht aber in Wahrheit ein Recht;

c) falls diese von den Beklagten widersprochene Behauptung gegründet sein sollte, den Klägern die Berechtigung zur Erhebung der fraglichen Obligationen, insoweit sie daran betheiligt sind, zuzusprechen wäre, und zwar ohne daß es einer Restitution gegen den Wechselbescheid vom 8. October 1851 bedürfte, weil sich ja alsdann das ganze frühere Verfahren als ein von den Rechtsvorfahren der Parteien simulirtes und nach ihrer eigenen Uebereinkunft wirkungsloses und nichtiges herausstellen würde;

d) die von dem Beklagten, zudem verspätet, erst in der Schlußerklärung vorgeschützte Einrede, daß die auf den dolus des Christoph Greiß gegründete Klage, abgesehen von der versäumten Restitution, schon an sich nach Ablauf von mehr als zwei Jahren verjährt gewesen sei, nicht Platz greifen kann, weil einestheils der dolus erst dann als

vollendet erscheinen könnte, als von Seiten der Greiß'schen Erben nach Anstellung der Klage das angeblich simulirte Geschäft als ein ernsthaftes behandelt und die Auslieferung der bei der Bank hinterlegten Obligationen durch Anstellung einer Widerklage beantragt wurde, und mithin für die Kläger, als sie ihre Klage erhoben, die Verjährungsfrist noch gar nicht begonnen hatte, anderntheils aber auch die Klage, durch welche nicht die Strafe des dolus verfolgt, sondern nur das Object verlangt wurde, welches anderseitig erst noch durch den dolus gewonnen werden sollte, als eine actio in factum erst nach Ablauf von dreißig Jahren verjähren würde;

Glück, Pandekten-Commentar. Bd. V. S. 440.

e) die lediglich gegen die Erben des Johann Christoph Greiß angestellte Klage, insofern als deren eventuelle Begründung durch die Behauptung einer, das gesetzliche Maß überschreitenden oder den Pflichttheil der Kläger verletzenden Schenkung versucht wird, einer besonderen Beachtung nicht zu unterziehen ist, da nach der in der Klage enthaltenen Darstellung die angebliche Schenkung nicht dem Johann Christoph Greiß, sondern dem Wilhelm Deppe gemacht worden sein soll, welcher dann seinerseits dem ersteren den Wechsel übertrug; und daher die Klage auch in dieser Beschränkung den jetzigen Beklagten gegenüber mindestens den behaupteten dolus des Johann Christoph Greiß voraussetzen würde, welcher ohnehin schon, falls er bewiesen würde, die unbeschränkte Verurtheilung der Beklagten zur Freilassung der klägerischen Erbtheile und zum Ersatz des den Klägern durch die seit Mittheilung der Klage an die Beklagten geschehene Vorenthaltung derselben entstehenden Schadens und entgehenden Gewinnes zur Folge haben würde;

f) die in den Acten angeführten, von beiden Parteien zugegebenen Aeußerungen des verstorbenen Johann Philipp Grüneberg vor dem peinlichen Verhöramte allerdings gewichtige Momente enthalten, welche die klägerischerseits behauptete dolose Handlungsweise des Johann Christoph Greiß bezweifeln lassen könnten, jedoch immerhin nicht von der Bedeutung sind, um den Klägern den Beweis ihrer Behauptung gänzlich abzuschneiden, daher es dem Beklagten lediglich anheimgestellt bleibt, sich behufs der Gegenbeweisführung dieser Momente mitzubedienen, gleichwie es überhaupt den Parteien zu gestatten

ist, bei der Beweisführung von dem Acteninhalte, insoweit etwa dienlich, Gebrauch zu machen;

B. bezüglich der Widerklage

a) die Widerkläger mit derselben die Ermächtigung, als ausschließlich Berechtigte die fraglichen Obligationen erheben zu dürfen, beantragen;

b) diese Ermächtigung aber jedenfalls nur bei Nichterbringung des den Klägern im Betreff der Vorklage aufzugebenden Beweises ertheilt werden könnte;

c) Widerkläger jedoch selbst behaupten, Johann Christoph Greiß habe den fraglichen Wechsel als Sicherheit für sein Guthaben an Wilhelm Deppe erhalten, wie sie sich nach Abwickelung der Geschäfte mit demselben herausstellen würden, daher auch bei Nichterbringung des klägerischen Beweises die Widerklage nur insoweit als gegründet erscheinen könnte, als das Greiß'sche Guthaben an Deppe gereicht hätte; in dieser Beziehung es aber als von den Widerbeklagten zugestanden anzunehmen und nach [70] der Acten Deppe, Wilhelm ca. Creditores, nicht zu bezweifeln ist, daß dieses Guthaben den Wechselbetrag von fl. 12,300 überschritten habe;

d) das Verlangen der Widerbeklagten, daß dem Widerkläger noch der Beweis auferlegt werden solle, daß die Schuld des Deppe, für welche der Wechsel als Deckung gegeben worden sei, die ganze Wechselsumme von fl. 12,300 und nicht bloß die zugegebenen fl. 7055 54 kr. betragen habe, als unbegründet erscheint, da Johann Christoph Greiß, wenn er den Wechsel von Deppe bona fide erworben hatte, sich selbstverständlich mit demselben für seine ganze Forderung an Deppe befriedigen konnte;

e) es zwar an sich nicht zu beanstanden wäre, daß den Widerbeklagten der Beweis ihrer Behauptung, daß dem Johann Christoph Greiß der Wechsel nur zur Deckung von Forderungen an Deppe bis zu dem Betrage von fl. 7055. 54 kr. gegeben worden sei, nachgelassen würde; diese Behauptung sich aber lediglich als eine der Wechselklage entgegenzusetzen gewesene Einrede qualificiren würde und daher nur vermittelst einer Restitution gegen den Wechselbescheid vom

8. October 1851 zu einer rechtlichen Geltung gebracht werden könnte; aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

1) — — — — — — — — — — — —

2) Die Kläger haben binnen vierzehn Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun,

daß Johann Christoph Greiß und Wilhelm Deppe den verstorbenen Johann Philipp Grüneberg, ohne daß er dafür den Werth erhalten gehabt hätte, zur Ausstellung des fraglichen Wechsels veranlaßt und ihm vorgespiegelt hätten, diese Sache sei etwas rein Formelles ohne wirkliche Bedeutung, er übernehme damit einverstandenermaßen nur zum Scheine eine Verpflichtung, der Wechsel bleibe in ihren Händen und es würde kein ihm oder seinen Kindern nachtheiliger Gebrauch davon gemacht, und daß ihm namentlich Johann Christoph Greiß vorgespiegelt hätte, er werde aus dem Indossamente keinerlei wirklichen Anspruch erheben und er verfolge mit der Einklagung des Wechsels und der darauf vorgenommenen Nachtung nur zum Scheine, nicht aber in Wahrheit ein Recht;

3) Den Parteien bleibt es gestattet, bei der Beweis- und Gegenbeweisführung die in den Acten liegenden, ihnen etwa dienlichen, Momente mitzubenutzen.

4) Soll je nach dem Ergebniß der Beweisführung und unter Vorbehalt der Beurtheilung der Relevanz der bewiesenen Thatsachen bezüglich der Vor- und Widerklage, sowohl was die Hauptsache, als auch die Kosten betrifft, die entsprechende weitere Verfügung ergehen.

Dieses Erkenntniß wurde auf beiderseitige Appellation durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 3. Februar 1858 unter Vergleichung der Kosten zweiter Instanz und auf Appellation der Kläger durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 26. September 1859 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dritter Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. In Grav. I. gegenwärtiger Instanz haben Kläger ihre sämmtlichen, beim Appellationsgerichte vorgebrachten Beschwerden wiederholt.

A. Die erste dieser Beschwerden bezieht sich auf die principaliter erhobene actio doli. Die vorigen Gerichte haben, unter Beseitigung aller dagegen vorgeschützten Einwendungen und Einreden, diese Klage für begründet angenommen, und den Klägern den Beweis derjenigen Thatsachen auferlegt, welche in der Klage, als den dolus des beklagtischen Erblassers involvirend, angeführt worden sind. Hierbei haben sich Beklagte vollständig, Kläger aber insoweit beruhigt, als sie die Nothwendigkeit eines von ihnen über die fraglichen Thatsachen zu führenden Beweises im Allgemeinen anerkennen und nur verlangen, daß das stadtgerichtliche Beweisthema in zwei alternativ mit einander zu verbindende Sätze zerlegt werde. Diesem Verlangen ist aber nicht zu entsprechen.

Zur Begründung der Klage auf Ueberlassung eines entsprechenden Theiles von dem Erlöse des zur Versteigerung gebrachten Grundstücks, Gew. IX. Nr. 258, gehört die Beseitigung des Pfandrechts, vermöge dessen die Beklagten diesen Erlös für sich in Anspruch nehmen können. Dieses Pfandrecht hat seinen nächsten Grund in dem Judicate vom 8. October 1851 und der daran sich schließenden Nachtung; seinen entfernteren in der Ausstellung des Wechsels über fl. 12,300 von Seiten des klägerischen Erblassers.

Im Allgemeinen bedarf es nun allerdings zur Beseitigung der Folgen eines im Wechselprozesse ergangenen Judicats nur des von dem verurtheilten Wechselschuldner zu führenden Beweises, daß ihm gegen den klagenden Wechselinhaber eine nach § 82 der Deutschen Wechselordnung zulässige Einrede zugestanden habe. Das Nichtvorschützen dieser Einrede im Wechselprozeß hat deren Verlust nur für dieses summarische Verfahren zur Folge, hindert aber den Schuldner nicht, die Einrede nachträglich im Wege des ordentlichen Prozesses geltend zu machen und dadurch die Folgen der im Wechselprozesse ergangenen Verurtheilung wieder zu beseitigen — also, je nach den Umständen Erstattung der gezahlten Wechselsumme, Wiederaufhebung

der Pfändung u. s. w. zu erlangen. Dagegen ist es klar, daß, wenn das Verhalten des mit der summarischen Wechselklage in Anspruch genommenen Schuldners eine positive Anerkennung der Wechselschuld und somit einen Verzicht auf die gegen den Wechsel ihm etwa zustehenden Einreden involvirt, dann derselbe nicht mehr ohne Weiteres zur Verfolgung solcher Einreden in separato zugelassen werden kann, sondern er zugleich Momente beibringen muß, wodurch jene Anerkennung resp. Verzichtleistung wieder beseitigt wird.

So steht nun die Sache im vorliegenden Falle. Schon nach der Klagdarstellung muß angenommen werden, daß der klägerische Erblasser das Contumacial-Urtheil und die Nachtung absichtlich gegen sich hat ergehen lassen, damit Greiß ein — wenigstens dem äußeren Anscheine nach — vollkommen liquides und durch Pfand gesichertes Forderungsrecht gegen ihn erhalte.

Es kommt aber als entscheidend hinzu, daß derselbe in der, auf Betrieb der Kläger eingeleiteten Untersuchung Erklärungen abgegeben hat, welche eine Anerkennung seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit in unzweideutiger Weise constatiren. Bei dieser Sachlage genügt es nicht mehr, daß die Kläger zeigen, ihr Erblasser sei in der Lage gewesen, die Forderung aus dem Wechsel durch die exceptio doli elidiren zu können, sondern sie müssen auch noch weiter nachweisen, daß das Verhalten desselben bei und nach Einklagung des Wechsels keinen Consens in sich begreife, wodurch die Mängel des ursprünglichen Geschäfts geheilt worden. Dem entsprechen die beiden Theile der stadtgerichtlichen Beweisauflage. Der erste geht auf den dolus, durch den Grüneberg zur Wechselausstellung verleitet, der zweite auf den dolus, durch den er bestimmt worden, Contumacial-Urtheil und Nachtung wider sich ergehen zu lassen und den Wechsel anzuerkennen. Dieser doppelte dolus muß erwiesen sein, wenn das Pfandrecht beseitigt werden soll. In welchem Umfange aber die einzelnen, in dem Beweissatze zusammengestellten Thatsachen klar gestellt sein müssen, damit ein Erkenntniß nach der Klagbitte erfolgen könne, das läßt sich zur Zeit noch gar nicht bestimmen, und ist vom Stadtgericht mit Recht einem späteren Erkenntnisse vorbehalten worden.

B. Die zweite und dritte Beschwerde voriger Instanz betreffen die eventuellen, in nicht insinuirte resp. inofficiöse Schenkung gesetzten

Klaggründe. — Diese Klagen müssen indeß schon aus folgenden formellen Gründen unberücksichtigt bleiben:

1) Kläger legen ihrer principalen Klage die Behauptung zu Grunde, es habe nach Absicht der Contrahenten durch die Wechselausstellung ein Forderungsrecht gar nicht begründet, also weder das Vermögen des Grüneberg vermindert, noch das des Deppe oder Greiß vermehrt werden sollen. Gegenüber dieser, die Annahme eines animus donandi geradezu ausschließenden Angabe hätte es zur Begründung der eventuellen Klage jedenfalls einer positiven (wenn auch nur eventuell aufgestellten) Behauptung bedurft, daß der Wechsel in der Absicht, dadurch eine Liberalität zu üben, ausgestellt worden. Hieran fehlt es aber. Kläger sprechen nur die Ansicht aus, daß, wenn die völlige Rescission der Ansprüche der Beklagten nicht für begründet erachtet werden sollte, dann angenommen werden müsse, daß dem Geschäft zwischen Grüneberg, Deppe und Greiß ein Schenkung zu Grunde liege. Diese Ansicht aber entbehrt jeder Begründung. Wenn man in den, von den Klägern angeführten Thatsachen auch keinen solchen dolus des Greiß, der zur Anfechtung des Geschäfts resp. Judicats diesem gegenüber führen könnte, zu finden vermag, so wird darum allein das Geschäft doch noch nicht zur Schenkung.

2) Kläger haben nur für den Fall, daß die Hauptklage nicht für begründet erachtet werden sollte, die eventuellen Klagfundamente geltend machen zu wollen erklärt; dieser Fall ist aber nicht eingetreten.

C. Die vierte und fünfte Beschwerde voriger Instanz beziehen sich auf die Widerklage und sind ebenfalls verwerflich. Der Grund der Widerklage liegt nicht, wie die Kläger vermeinen, in dem Rechtsverhältnisse, welches zur Zeit der Wechselausstellung zwischen den drei betheiligten Personen — Grüneberg, Deppe und Greiß — bestand. Dieselbe stützt sich vielmehr einfach auf das Judicat und die Nachtung. An den Klägern war es, die Wirkung dieser gerichtlichen Acte durch Erhebung einer Rescissionsklage zu beseitigen, und dazu haben sie im gegenwärtigen Prozesse einen Versuch gemacht. Dringen sie mit ihrer Klage durch, so wird zugleich der Widerklage ihr Fundament entzogen. Werden sie dagegen mit der Hauptklage abgewiesen, so stehen Judicat und Nachtung wieder in voller Kraft da, und Beklagte können ver-

langen, daß ihnen der Erlös des Pfandes (fl. 13,744. 53 kr., jetzt die dafür angekauften Stadtobligationen) zur Deckung ihrer höheren judicatmäßigen Forderung (fl. 12,300 nebst Zinsen zu 5 pCt. seit dem 1. October 1851) ausgeantwortet werde, ohne daß es noch irgend einer Beweisführung von ihrer Seite bedarf, oder Kläger zum Beweise einer anderen, auf das Rechtsverhältniß vor dem Judicate bezüglichen Einrede zugelassen werden können, als derjenigen, welche das Fundament der Vorklage abgibt und in dieser ihnen zu Beweis verstellt ist.

II. Das auf die Kosten voriger Instanz sich beziehende Grav. II. gegenwärtiger Instanz mußte, da das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt wird, ebenfalls verworfen werden.

210.

C. K., Klägerin, jetzt Appellatin, gegen **D. M. L. F.**, Beklagten, jetzt Appellanten, wegen Schwängerung, jetzt geführten Beweis.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. September 1859.

Es wird der Actenschluß wieder aufgehoben und

da die in [45] p. 7. der Stadtgerichtsacten ersichtliche Aussage des Zeugen G. Sch.:

„Einmal des Abends um 8 Uhr ging ——— abgeschlossen wurde"

den Zeitpunkt des hier berichteten Vorfalls zweifelhaft läßt, zumal, wenn man die in den vorausgehenden Worten enthaltene Zeitbestimmung: „Im Juli, August, September, auch im vergangenen Winter," mit dem nachher folgenden Satz: „Auch habe ich mehrmals, dies war stets im vergangenen Winter der Fall ꝛc." vergleicht, die Aufklärung dieses Zweifels aber für die richtige Würdigung der Zeugenaussagen dienlich erscheint, so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß vor Abgabe eines Urtheiles auf die Appellation des Beklagten zunächst der Zeuge G. Sch. in einer vom Stadtgericht, nöthigenfalls mittelst Requisition, unter Mitvorladung der Parteien zu veranstaltenden anderweiten Vernehmung nach Vorlesung seiner in [45] p. 6 f. der St.-G.-A. zum klägerischen Beweissatz gemachten Aussage, und unter Zurückverweisung auf den geleisteten Zeugeneid, zu befragen sei, zu welcher Zeit, insbesondere in welchem Monat des Zeitraumes, auf welchen sich seine Aussage bezieht, er den in dem Satz:

„Einmal des Abends um 8 Uhr ging — — — abgeschlossen wurde"

bezeichneten Vorgang wahrgenommen habe; daß sodann die Parteien dasjenige, was sie etwa in Betreff der neuen Zeugenaussage noch vorzutragen haben möchten, innerhalb drei Wochen, vom Tage der Vernehmung des Zeugen an, hierselbst einzureichen schuldig seien, widrigenfalls ohne Weiteres in der Sache werde erkannt werden;

und sollen zu diesem Zwecke die demnächst wieder einzusendenden Acten an das Appellationsgericht zu weiterer Verfügung zurückgesandt werden."

211.

Max Marcus zu Gießen, Kläger, Widerbeklagter, Appellat gegen **Philipp Jacob Ficus**, Beklagten, Widerkläger, Appellanten, Forderungen aus einem Geschäfte über Getraide betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 20. October 1859.

Die von dem Beklagten bis in die gegenwärtige Instanz verfolgten Beschwerden bestanden darin, daß nicht

I. der Kläger, weil er ungehöriger Weise, anstatt seiner Klage den Handel über Hafer und Roggen zu Grunde zu legen, auf die Lieferung von Hafer allein geklagt habe, angebrachtermaßen abgewiesen worden sei; eventuell,

II. daß der Kläger nicht, falls die Klagstellung als zulässig anzusehen sein sollte, auf Grund des Verzuges, in welchem er sich in Betreff der in den Acten erwähnten fl. 79. 31 kr. befunden habe, in Verbindung mit dem im Mai 1857 unter den Parteien stattgehabten Hergängen, mit der erhobenen Klage definitiv abgewiesen worden sei.

In Betreff keines dieser Beschwerdepunkte konnte dem Beklagten beigetreten werden.

ad I. Der Beklagte macht hier geltend, daß die nach der übereinstimmenden Angabe beider Theile am 1. Mai 1857 ver- und gekauften 250 Malter Hafer und zwei Wagenladungen Roggen den Gegenstand eines und desselben Contractes gebildet hätten, und daß es aus diesem Grunde für unzulässig zu halten sei, wenn der Kläger, unter Beiseitelassung des Roggens — soweit derselbe noch nicht geliefert worden —, nur auf die Lieferung des restirenden Hafers geklagt habe. Der Kläger hat dagegen behauptet, daß der Hafer und der

Roggen in zwei separaten Geschäften Gegenstände von Contractsabschlüssen gewesen seien, ohne daß eine innere Verbindung zwischen Beiden bestanden hätte. Nun kann aus den factischen Angaben des Beklagten nur so viel abgeleitet werden, daß eine bloße Gleichzeitigkeit des Contractsabschlusses stattgehabt haben, nicht aber, daß eine innere Unzertrennlichkeit der beiden Contractsgegenstände vereinbart worden sein soll. Mit dieser letzteren würde es sich denn auch nicht vereinigen lassen, daß, wie geschehen, für jede der beiden Getraidearten der Preis besonders festgestellt ist, daß ferner die von der einen und anderen Getraideart zu liefernden Quantitäten nicht in ein bestimmtes Verhältniß zu einander gebracht worden sind; daß endlich der Beklagte auch die verkauften Quantitäten Hafer und Roggen nach Belieben zu liefern angefangen und auf erstere circa 50, auf letztere circa 21 Procent der verkauften Quantität dem Kläger zugängig gemacht hat.

In gegenwärtiger Instanz ist der Beklagte noch mit der Behauptung hervorgetreten, das fragliche Geschäft sei ein „Speculationskauf", der Charakter desselben ein „aleatorischer" gewesen. Allein wie das Letztere durchaus grundlos ist, indem von einer Wettnatur gar nichts vorliegt, so entbehrt das Erstere eines rechtlichen Sinnes. Wenn der Beklagte es seinem Interesse entsprechend zu achten gehabt hätte, den Kläger, welcher allein Hafer beanspruchte, auch zur Annahme des noch nicht gelieferten Roggens zu nöthigen, so hätte ihm hierbei Nichts entgegengestanden, Anträge in dieser Richtung zu stellen. Was der Beklagte von den schon in erster Instanz vorgebrachten Momenten nochmals geltend gemacht hat, ist ohne Ausnahme unerheblich. Daß bei der ersten und bis jetzt einzigen ausgeführten Lieferung, Hafer **und** Roggen dem Kläger zugefertigt, daß hierüber eine Factura — übrigens jede Getraideart separat berechnend — ausgestellt ist, und daß der Kläger auf den Belauf derselben ohne weitere Unterscheidungen Abschlagszahlungen gemacht hat, ist ebenso gleichgültig für den in Rede stehenden Streitpunkt, wie daß der Kläger in seinem Schreiben von „gekauften Früchten" geredet hat.

ad II. Der Beklagte sucht das Erlöschen des klägerischen Contractsrechts folgendermaßen zu begründen. Da der Kläger bei dem Verkaufsabschlusse mit den Zahlungsleistungen nicht befristet worden

sei, so müsse es als contractlich festgestellt angesehen werden, daß sofort, nachdem eine Lieferung beschafft worden, die Zahlung habe erfolgen sollen. Dem entsprechend habe denn auch der Beklagte, nachdem am 16. Mai eine à Conto-Lieferung zum Betrage von fl. 860. 10 kr. erfolgt gewesen, auf den 18. Mai Zahlung jenes gesammten Belaufes gefordert. Der Kläger habe freilich geäußert, daß das beklagtische Verlangen von ihm nicht als berechtigt anerkannt werde, indessen hinzugefügt, daß „dies Nichts zur Sache thun solle und er jener Forderung nachgebe, wogegen aber auch seinerseits pünktliche Zusendung des Hafers und Roggens verlangt werde". Ungeachtet der vorgedachten Zusage habe der Kläger an dem im gedachten Briefe von ihm selbst als Zahlungstag des (damals fl. 579. 19 kr. ausmachenden) Restbetrages bezeichneten 25. Mai nur fl. 200 und nach nochmaliger Mahnung in dem beklagtischen Schreiben von demselben Tage am 28. Mai noch fl. 299. 48 kr. gezahlt, so daß damals der auch später nicht berichtigte Restbelauf von fl. 79. 31 kr. übrig geblieben sei. Indem nun der Kläger nicht einmal seiner Verbindlichkeit in Beziehung auf den ihm gelieferten Theil des verkauften Getraides ganz nachgekommen, vielmehr mit einem Theil des Kaufpreises (den gedachten fl. 79. 31 kr.) im Verzuge geblieben sei, habe sich der Beklagte von der Erfüllungspflicht des Handels, soweit selbiger noch nicht ausgeführt sei, befreit ansehen dürfen.

Es kann bei der rechtlichen Beurtheilung dieser Ausführung dahingestellt bleiben, ob der Beklagte befugt gewesen sein würde, wegen des klägerischen Zahlungsverzuges mit einem Theile des Kaufpreises der ersten Lieferung sich von der Verbindlichkeit zur Lieferung des Uebrigen ganz loszusagen; denn jedenfalls hätte es ihm obgelegen, wenn er diese Wirkung herbeiführen wollte, sich hierüber, zumal in dem vorliegenden Falle, in welchem nicht etwa ein Contract mit einem fest verabredeten Lieferungstermin vorlag, gegen den Kläger in einer für denselben klar verständlichen Weise auszusprechen. Das ist nicht geschehen. In dem Schreiben vom 20. hatte der Beklagte nur allgemein verlangt, daß der Kläger „auch den Rest für die Roggen- und Haferladung so schnell als möglich ihm zukommen lasse", und in dem letzten Schreiben vom 25. Mai wiederholte er freilich die Anforderung „völliger Regulirung seiner Factura", fügte aber als Präjudiz für

den Fall der Nichterfüllung dieses Verlangens nur hinzu, daß er dann „übermorgen gegen den Kläger gerichtlich einschreiten werde“. Da nach den eigenen Angaben des Beklagten von seiner Seite spätere Erklärungen, welche auf das rechtliche Verhältniß der Parteien eingewirkt hätten, nicht erfolgt sind, er vielmehr gerade der Correspondenz bis zum 25. Mai incl. den hier in Rede stehenden Effect der Tilgung der klägerischen Contractsrechte beimißt, so kann das rechtliche Verhältniß nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Beklagte nur eine Retention der ferneren Getraidelieferungen bis zur Berichtigung der fl. 79. 31 kr. ausüben zu wollen erklärt hat. — Wie es hiernach dem Beklagten ferner unzweifelhaft zugestanden haben würde, gegen den Kläger wie auf Bezahlung des vorgedachten Belaufes, so auch auf die Abnahme und Bezahlung vom Handel noch übrigen Getraides klagbar zu werden, so ist auch dem Kläger in Betreff des letzten Punktes das correspondirende Klagrecht einzuräumen.

Hierdurch erledigt sich auch dasjenige, was der Beklagte über eine von dem Kläger angeblich ausgehende Verletzung der contractlichen bona fides vorgebracht hat. Der Contract hatte zur beliebigen beiderseitigen Geltendmachung so lange seinen Fortbestand, bis er entweder erfüllt oder auf rechtlich wirksame Weise für beide Theile außer Kraft gesetzt war. Sollte der Kläger für die Geltendmachung seines Anspruches einen Zeitpunkt gewählt haben, welcher dem Beklagten zum Nachtheil gereichte, so hat sich der letztere dies selbst beizumessen, insofern er weder die Aufhebung des Contracts bewirkt, noch auch während eines für ihn günstigen Preisstandes seinerseits Klage erhoben hat.

212.

Conrad Wagner, Kläger, Litisdenuntiant, und **Henriette Sichel,** geb. Gerson, Litisdenuntiatin gegen **Hermann Ochs,** Beklagten, Miethzinsforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 12. April 1858.

In Erwägung, daß

1) Kläger als Cessionar der Vermietherin des Beklagten von diesem die Zahlung eines verseſſenen Miethzinses vom 15. März bis zum 15. August 1857 im Betrage von fl. 375 verlangt, daß er sich daher alle Einreden gefallen lassen muß, welche seiner Cedentin entgegenstehen;

2) daß die Mutter dieser das fragliche Miethlocal dem Beklagten bis zum 15. Juni 1861 vermiethet gehabt hatte und

3) von der Cedentin als ihrer Universalerbin beerbt worden ist;

4) daß die Cedentin das Haus in der Schnurgasse Lit. D. Nr. 82, worin Beklagtens Miethräume sich befanden, im Jahre 1857, mithin noch vor dem Ende der Miethzeit desselben an den Kläger in der Art verkaufte, daß solcher es am 15. August 1857 übernahm, ohne für Aushaltung der Miethzeit durch diesen gesorgt zu haben, daß sie mithin dem Beklagten gegenüber dessen fraglichen Miethvertrag gebrochen und ihm folglich zur Entschädigung dafür verpflichtet;

5) daß Kläger des Beklagten Miethe von fl. 900 jährlich auf fl. 1200 vom 15. August 1857 an bis zum 31. December 1862, mithin über die ursprüngliche Miethzeit Beklagtens hinaus, gesteigert hat;

6) daß Beklagter, bevor er durch den am 2. September 1857 mit dem Kläger abgeschlossenen neuen Vertrag diese Steigerung sich

gefallen ließ, am 19. August 1857 Klägers Cedentin von dieser durch jenen beabsichtigten Steigerung in Kenntniß setzte und notariell auffordern ließ, dafür zu sorgen, daß Kläger ihm die Aushaltung seiner Miethzeit zusichere, mit der Beifügung, daß, wenn diese Zusicherung spätestens bis zum 23. August 1857 nicht ertheilt würde, er sich genöthigt sehe, Klägers Steigerung anzunehmen;

7) daß dieser die verlangte Zusicherung nicht ertheilt, vielmehr noch im Vertrage vom 2. September 1857 auf der fraglichen Steigerung von fl. 300 für das Jahr beharrt hat;

8) daß mithin dem Beklagten durch Nichtaushaltung der ursprünglichen Miethzeit in der That ein Schaden von fl. 1150 erwachsen ist, zu dessen Ersatz ihm Klägers Cedentin verpflichtet erscheint;

9) daß das Vorbringen Klägers gegen den Eintritt dieser Verpflichtung, ganz abgesehen von dem Widerspruche Beklagtens gegen das Thatsächliche, daß dieser nämlich sofort am Tage des Hausverkaufs, dem 4. August 1857, davon und von der beabsichtigten Steigerung durch den Kläger benachrichtigt und daher noch genügend im Stande gewesen sei, sich bis zum 15. August 1857 ein anderes gleichgeeignetes Local um denselben Preis, wie früher, zu suchen, daß Kläger ihm sogar bis zum 25. August 1857 noch Zeit zur Erklärung über die Annahme oder Verweigerung der Steigerung belassen habe, durchaus unerheblich ist, dagegen die Behauptung, der Ehemann der Cedentin habe Beklagtem die Verschaffung von Localen sogar für bloße fl. 600 jährlich angeboten, außerdem noch schon wegen Mangels jeder näheren Begründung außer Betracht bleiben muß;

10) daß die Folgerung einer Zustimmung Beklagtens zu der ihm vom Kläger angesonnenen Zahlung aus der Nichtbeantwortung von [9] durch Nichts gerechtfertigt erscheint;

11) daß die von der Litisdenuntiatin gegen Beklagtens Entschädigungsanspruch geltend gemachte Einrede, derselbe könne wegen seiner Illiquidität gegen die sofort klare Miethforderung nicht in Betracht kommen, von Anderem abgesehen, schon deßhalb verwerflich ist, weil Beklagter nicht bloß die Einrede der Ausgleichung, sondern auch der Einhaltung geltend macht, für welche letztere bekanntlich Liquidität nicht erforderlich ist;

12) daß eben so wenig gegen einen eingeklagten Ausstand der Litis-

denuntiatin dieser die Einrede der Wohlthat des Inventars etwas nutzen kann, da dem Nachlaßschuldner, der gegen den Nachlaß zugleich Forderungen hat, deren Ausgleichung jederzeit unbenommen ist, ganz unzweifelhaft aber da, wo über den Nachlaß nicht einmal Gant erkannt wurde;

13) daß unbestrittenermaßen vom 15. August 1857 an Kläger Eigenthümer des ihm verkauften Hauses geworden ist, daß er mithin nur bis zu diesem Zeitraum die Miethe als Cessionar der Litisdenunciatin, von da an aber als Eigenthümer zu fordern hat, daß gegen ihn demnach auch nur bis zum Betrage des am 15. August 1857 aufgelaufenen Miethzinses Beklagter seine Entschädigungsforderung gegen Klägers Cedentin geltend zu machen befugt ist, während demselben vorbehalten bleiben muß, den höheren Betrag derselben gegen diese selbst geltend zu machen, falls er damit auszulangen gedenkt, weßhalb es denn auch unerheblich ist, ob erst am 15. September 1857 oder schon am 15. August die Cedentin von dem Beklagten selbst den fraglichen Miethzins hätte fordern dürfen;

14) daß aus denselben Gründen auch ein weiteres Eingehen auf die vom Kläger bestrittene Größe des Schadens überflüssig wäre, da hier fl. 375 in Frage stehen, und Beklagtens Schaden diesen Betrag mindestens ganz augenscheinlich übersteigt, wie denn auch

15) bei der Nothwendigkeit der Verwerfung der Klage die beklagtische Einrede der Scheincession nicht weiter in Betracht zu ziehen ist;

aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

Kläger wird unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe verwiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 28. Juni 1858.

Auf Appellation der Litisdenuntiatin.

1) Die Appellantin Henriette Sichel, geb. Gerson, hat sich zunächst den Repliken des Klägers in seiner Gegenerklärung vom 2. Januar l. J. angeschlossen, diese Repliken sind aber mit Recht von dem Stadtgericht für unerheblich erklärt worden.

Es war Sache der Appellantin, entweder dafür Sorge zu tragen, daß dem Beklagten der zwischen ihm und ihrer Mutter am 1. März 1855 abgeschlossene Miethvertrag von dem Kläger für die Zeit vom 15. August 1857 bis zum 15. Juni 1861 ausgehalten werde, oder dem Beklagten ein anderes Geschäftslocal von gleicher Beschaffenheit zu dem nämlichen Miethpreis für die angegebene Zeit zur Verfügung zu stellen.

Ref. II. 14. 11.

l. 9. pr. D. locati conducti 19. 2.

Glück, Commentar. Bd. 17. S. 363.

Die Appellantin ist aber weder in der einen, noch in der anderen Beziehung ihrer Verpflichtung nachgekommen.

2) In ihrer Erklärung vom 19. Januar l. J. hat sodann die Appellantin den Repliken des Klägers in selbstständiger Weise noch weitere Repliken beigefügt, das Stadtgericht hat aber auch diese Repliken mit Recht verworfen.

Der Beklagte hat seine Entschädigungsforderung der Forderung des Klägers als Einrede der Retention und Compensation entgegengesetzt. Da der Kläger dem Beklagten dessen seitheriges Geschäftslocal laut Vertrag vom 2. September 1857 für die Zeit vom 15. August 1857 bis zum 31. December 1862, was die Appellantin gar nicht bestreitet, nicht zu dem früheren Miethpreis von fl. 900 jährlich, sondern zu dem höheren Miethpreis von fl. 1200 jährlich vermiethet hat, so kann es, wie bereits in dem angefochtenen Erkenntniß hervorgehoben worden ist, schon jetzt nicht den geringsten Zweifel leiden, daß die Entschädigungsforderung des Beklagten mindestens nicht weniger, wie die eingeklagte Forderung beträgt,

l. 28. § 2. D. locati conducti 19. 2.

und ist daher die Einrede der Retention und Compensation allerdings liquid. Hiervon abgesehen, ist die Retentionseinrede, selbst einer liquiden Forderung gegenüber, nicht durch Liquidität bedingt,

Urth. des O.-A.-G. v. 9. Januar 1852 i. S. Mannheim ca. Horwitz.

und ebenso ist für die Statthaftigkeit der Compensationseinrede die Liquidität der Gegenforderung jedenfalls alsdann nicht absolut erforderlich, wenn die Gegenforderung und die Forderung, wie in dem vorliegenden Fall, aus demselben Rechtsgeschäft herrührt.

Urth. des O.-A.-G. v. 20. Mai 1857 i. S. Fay ca. Hockh u. Schott.*)

Die Replik, daß die Appellantin den Nachlaß ihrer Mutter mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten habe, und daß die Passiven dieses Nachlasses dessen Activen übersteigen, findet in dem Abschnitt 12 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe ihre vollständige Widerlegung. Hierzu kommt noch, daß Beklagter seine Gegenforderung wider den Kläger als Cessionar der Appellantin aus einem Contractbuch der letzteren herleitet und somit nicht lediglich von einer Schuld des Gerson'schen Nachlasses die Rede ist.

3) Die Appellantin ist in dem gegenwärtigen Rechtsstreit, nachdem ihr von dem Kläger der Streit verkündigt worden war, als accessorische Intervenientin aufgetreten, sie hat sich in dieser Eigenschaft den Repliken des Klägers angeschlossen, und ihrerseits weitere Repliken vorgeschützt, sie ist in der Verhandlungstagfahrt vom 12. April l. J. gehört worden. Das Stadtgericht hat in seinem Urtheil vom 12. April l. J. über die sämmtlichen Repliken erkannt, das Rechtsverhältniß des Beklagten zur Litisdenuntiatin und jetzigen Appellantin aus dem Miethvertrag vom 1. März 1855 ist somit Gegenstand der stadtgerichtlichen Entscheidung gewesen und mußte Gegenstand dieser Entscheidung werden. Der Antrag der Appellantin, das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 12. April l. J., soweit es jenes Rechtsverhältniß betrifft, für wirkungslos zu erklären, ist hiernach durchaus nicht gerechtfertigt. Was sodann den auf Seite 9 der Berufungsschrift gestellten eventuellen Antrag betrifft, so ist über die Wirksamkeit der Einwendungen und Einreden der Appellantin gegen die von dem Beklagten wider sie am 19. December 1857 erhobene Entschädigungsklage, sowie über die Frage, ob das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 12. April l. J. diesen Einwendungen präjudicirt oder nicht, keinenfalls in dem vorliegenden Rechtsstreit zu erkennen, und stellt sich somit auch dieser Antrag als ganz verwerflich dar.

Aus diesen Gründen wird die erhobene Berufung unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz verworfen.

---

*) Siehe Band III. S. 179.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 24. October 1859.

Auf Appellation der Litisdenuntiatin.

In Erwägung, daß

1) zwar die Statthaftigkeit der Appellation mit Unrecht in Zweifel gezogen wird, da bei der in diesem Prozesse zu entscheidenden Frage: ob Beklagter den eingeklagten Miethzins an den Kläger zu bezahlen schuldig sei, die Litisdenuntiatin als Cedentin des letzteren, welche für die Existenz der cedirten Forderung einzustehen hat, rechtlich interessirt und dies ihr Interesse, welches sie zur Appellation legitimirt:

L. 4. § 2. 3. L. 5. D. de app. (49. 1.)

L. 2. § 1. D. quando app. (49. 6.)

noch nicht dadurch beseitigt ist, daß sie einstweilen dem Regreßanspruche des Klägers Genüge geleistet hat;

2) dagegen die mittelst des gegenwärtigen Gravamen unicum wiederholten Beschwerden zweiter Instanz im Allgemeinen durch die mit einander zu verbindenden Entscheidungsgründe der beiden vorigen Erkenntnisse bereits vollständig widerlegt sind;

3) auch der in jetziger Instanz zuerst von der Litisdenuntiatin zur Sprache gebrachte Umstand, daß der Gegenstand des neuen Miethvertrages nicht durchweg identisch sei, mit dem Gegenstande des zwischen dem Beklagten und der Erblasserin der Litisdenunciatin abgeschlossenen zwar auf die Größe der für den Bruch dieses letzteren Vertrages vom Beklagten zu beanspruchenden Entschädigung einen Einfluß zu üben vermag,

indessen jetzt schon evident ist, daß dies in keinem solchen Maße der Fall sein wird, daß dadurch der Betrag dieser Entschädigung unter die eingeklagte Summe von fl. 375 herabsinken könnte:

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deuschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten dieser Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. Juni vor. J., wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei:

Und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

213.

Leopold Wetzlar zu New-York, Impetrant, Kläger, Widerbeklagter, gegen **C. A. Schmidt** zu Lichte bei Wallendorf, Impetrat, Beklagten, Widerkläger, Forderung betreffend.

Vorbemerkung.

Auf Grund des Contocorrents *) und verschiedener notarieller Buchauszüge, Affidavits und Atteste, als Belege zu den einzelnen Posten, hatte der Kläger, ein zu New-York seßhafter hiesiger Bürger, gegen den Beklagten Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes dahier erwirkt und auf Zahlung des Saldos sammt 7 pCt. als contractlicher und in New-York gesetzlicher Zinsen geklagt. Die nach Aushandlung der Sache ergangenen Erkenntnisse ergeben den weiteren Sachverhalt.

---

*) New-York, 19. Febr. 1856.

C. A. Schmidt in Lichte an Leop. Wetzlar in New-York.

Soll

				Doll.	Cent.	Doll.	Cent.
	1855						
1	Jan.	1	An Zoll u. Spesen	34	83		
2	Febr.	17	" " " "	118	45		
3	März	10	" Tratte p. 10. Mrz.	152	—		
	1856					305	78
4	Febr.	19	Zinsen à 7% bis heute auf 34. 83	2	77		
5	"		do. 118 . .	13	38		
6	"		do. 152 . .	10	22		
						206	37
						332	15
7	Febr.	19	An Saldo heute à 41. 24	149	9		
	1855						
8	Oct.	2	Spesen auf Nr. 2484 8 copernicus	12	28		
	1856						
9	Mai	6	Fracht nach Canada obige Kisten . .	4	26		
				165	63		

Haben

			Doll.	Cent.	Doll.	Cent.
		1 Verkauf auf Auction in Philadelphia für Ihre Rechng., der Kisten 2498—97, 2584—85 u. 2586	207	43		
		2 Lautsales account cortage u. Ausbesserung der zerbrochenen Kisten .	3	41		
		3 7½% Commiss.	204	2		
		& Court.	15	2		
					189	—
Fbr.	19	B. Balance . . .			143	15
					332	15

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 17. März 1858.

Erkannt:

II. Der am 8. September 1856 gegen den Beklagten erkannte Real- und eventuell Personalarrest wird hierdurch unter Verurtheilung Klägers in alle durch denselben dem Beklagten verursachten Kosten und Schäden einschließlich der sämmtlichen Streitkosten, deren Liquidation vorbehalten, als unbegründet wieder aufgehoben und Kläger mithin wegen Mangels der Gerichtszuständigkeit dahier angebrachtermaßen abgewiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 25. Juni 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Wird unter Aufhebung von Abschnitt II. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 17. März 1858 zu Recht erkannt:

1) die Posten 1, 2, 3, 8, 9 im Soll des klägerischen Contocorrents sind ihrem Betrage nach richtig;

2) die Berechnung der Zinsen im klägerischen Contocorrent hat nach dem Zinsfuß von 5 pCt. zu geschehen;

3) Kläger hat binnen einer, von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist zu beweisen:

A. daß bei dem Abschluß des fraglichen Commissionsgeschäfts der Fakturapreis der consignirten Waaren als Verkaufslimitum festgesetzt und dem Kläger eine Provision von 5 pCt., sowie eine Vergütung von 2½ pCt. für das Stehen del credere zugesichert worden ist;

B. daß nach dem zu New-York geltenden Handelsrecht der Commissionär berechtigt ist, die ihm consignirten Waaren ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verkaufslimitum in dem Falle öffentlich versteigern zu lassen, wenn der Committent die darauf haftenden Spesen und den empfangenen Vorschuß auf die deßhalb an ihn erlassene Zahlungsaufforderung nicht vergütet, oder wenn die consignirten Waaren innerhalb sechs Monate, vom Tage der Ankunft bei dem Commissionär, nicht abgesetzt worden sind und

der Committent innerhalb dieser Frist selbst, ohne daß eine Zahlungsaufforderung an ihn erlassen worden wäre, die Vorschüsse und Spesen nicht zurückerstattet oder auch nur die Waaren nicht zurücknimmt;

4) dem Beklagten bleibt der Gegenbeweis im Allgemeinen und zu 3. A. insbesondere dahin vorbehalten:

a) daß bei dem fraglichen Commissionsgeschäft der Fakturapreis unter Hinzurechnung aller Spesen als Verkaufslimitum festgesetzt worden ist;

b) daß der Kläger dem Beklagten den Fakturapreis der consignirten Waaren als Reinerlös garantirt hat;

5) die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und hat Beklagter dem Kläger den Stempel des heutigen Protokolls und Urtheils zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. October 1859.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten beider Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. Juni v. J. dahin abzuändern und zu bestätigen sei:

I. daß der Posten 3 im Debet des klägerischen Contocorrents für liquid, auch in Betreff der Posten 4, 5, 6 desselben der Kläger für befugt zu erklären sei, von seinem Vorschuß und seinen dem Beklagten in Anrechnung zu bringenden Auslagen für die Zeit vor Anstellung der Klage sieben pCt. Zinsen zu berechnen;

II. daß der Kläger im Uebrigen zu beweisen habe:

1) hinsichtlich der Debetposten 1, 2, 8, 9 und des Creditpostens 2, **entweder:**

daß diese Posten von ihm bezahlt worden seien,

oder:

daß dieselben den zu New-York gesetzlichen oder üblichen Beträgen solcher Ausgaben entsprechend seien;

2) in Betreff des Creditpostens 1,

entweder:

daß nach dem zu New-York geltenden Handelsrecht der Commissionär berechtigt sei, die ihm consignirten Waaren ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verkaufslimitum in dem Fall öffentlich versteigern zu lassen, wenn der Committent die darauf haftenden Spesen und den empfangenen Vorschuß auf die deßhalb an ihn erlassene Zahlungsaufforderung nicht vergüte, oder wenn die consignirten Waaren innerhalb sechs Monate vom Tage der Ankunft bei dem Commissionär nicht abgesetzt worden seien, und der Committent innerhalb dieser Frist, selbst ohne daß eine Zahlungsaufforderung an ihn erlassen worden wäre, die Vorschüsse und Spesen nicht zurückerstatte, oder auch nur die Waare nicht zurücknähme;

oder aber:

daß durch die Auctionsverkäufe vom 17. und 24. September 1855 für den Beklagten ein Schaden nicht entstanden sei;

3) in Ansehung des Creditpostens 3,

a) daß nach dem zu New-York geltenden Handelsrecht ein Verkaufscommissionär, wenn er Zwecks Deckung seiner Forderungen wegen Zahlungssäumigkeit des Committenten zur öffentlichen Versteigerung des Commissionsguts schreitet, berechtigt sei, von dem Erlös Provision und del credere in Abzug zu bringen und entweder

b) daß bei Abschließung des fraglichen Commissionsgeschäftes dem Kläger eine Provision von 5 pCt., sowie eine Vergütung von 2½ pCt. für del credere zugesichert worden,

oder:

daß diese Ansätze, die für Commissionsgeschäfte der Art in New-York üblichen seien;

III. daß dem Beklagten:

1) gegen die Beweisauflage sub II. 2. der Beweis:

daß der Kläger dem Beklagten den Fakturapreis der consignirten Waaren als Reinerlös garantirt habe; und

2) für den Fall der Nichterbringung der sub II. 2 ersichtlichen Beweise, der Beweis:

daß bei dem Abschluß des fraglichen Commissionsgeschäftes der Fakturapreis unter Hinzurechnung aller Spesen als Verkaufslimitum festgesetzt worden sei;

beiden Theilen aber die Gegenbeweise allenthalben vorzubehalten seien;

und soll hierauf in der Sache selbst und der Kosten erster Instanz halber weiter ergehen, was Rechtens.

Die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz sind zu vergleichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Der Beklagte beschwert sich zunächst über die Aufhebung von pos. II. des Stadtgerichts-Urtheils vom 17. März vor. J. und verlangt dessen Wiederherstellung, also eine Abweisung des Klägers auf Grund der in der Vernehmlassung ersichtlichen Ausführungen wegen Unzuständigkeit des Gerichtes mittelst Aufhebung des wider den Beklagten erkannten Arrestes.

Anlangend nun

A. die hierfür geltend gemachten rein formellen Gründe, so hat bekanntlich der Oberrichter, sobald er eines von mehreren Vertheidigungsmomenten einer Partei, welches in einer der vorderen Instanzen als entscheidend betrachtet worden ist, verwirft, ohne Weiteres die Verpflichtung, die übrigen Vertheidigungsmomente, welche zu demselben Ziel führen, einer erneuten Prüfung zu unterziehen und zwar selbst dann, wenn auch kein Antrag der betreffenden Partei hierauf gerichtet sein sollte, und die Ansicht des Klägers, die formellen Einwendungen, welche der Beklagte gegen den Arrest erhoben hat, seien einer erneuten Prüfung nicht zu unterziehen, weil sie das Stadtgericht in seinen Motiven unter 3. A., und zwar bei fehlender Appellation des Beklagten, rechtskräftig beseitigt habe, war zu verwerfen. Der obige Grundsatz muß aber wie gegen, so auch für den Kläger zur Anwendung gebracht werden. Nun hat sich derselbe zur Beseitigung sämmtlicher wider den erkannten Arrest erhobenen Einwendungen in seiner Replik darauf berufen, der Beklagte habe durch die Anstellung

einer Widerklage die Zuständigkeit des Gerichtes für die Vorklage anerkannt, wogegen der Beklagte in seiner Schlußerklärung darauf hinweist, die Widerklage sei nur eventuell erhoben. Hat nun gleich der Kläger diesen von dem Stadtgericht unter Nr. 2 der Gründe verworfenen Einwand in gegenwärtiger Instanz nicht ausdrücklich von Neuem geltend gemacht, und auch, insofern sich aus dem Schweigen der Gründe des Appellationsgerichts-Urtheils Etwas schließen läßt, in der mündlichen Verhandlung voriger Instanz vielleicht übergangen, so ist doch die Fassung der ersten Beschwerde des Klägers in voriger und jetziger Instanz, gerichtet auf eine Verwerfung der Einrede und der Widerklage unter Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte, so allgemein gehalten, daß ein Verzicht des Klägers auf diese Replik nicht angenommen werden konnte. Sie ist aber von dem Stadtgerichte aus den unter Nr. 2 ersichtlichen Gründen mit Recht verworfen. Hiernach waren die von dem Beklagten zur Anfechtung des Arrestes geltend gemachten formellen Gründe einer abermaligen Prüfung zu unterziehen. Es mußte jedoch dessen Ansicht, der Arrest sei unstatthaft, weil den Vorschriften der Art. 50, 51 der Provis. Prozeß-Ordnung nicht entsprochen sei, verworfen werden. Denn die in Art. 50 in Bezug genommene Stelle der Reformation ist, wie das Ober-Appellationsgericht bereits zur Sache Rino ca. Dann, 28. September 1857,*) ausgesprochen hat, nicht wörtlich zu nehmen und nicht auf eine Schuld aus verkauften Waaren zu beschränken, überdies aber beseitigt, wie bereits das Stadtgericht in den Gründen unter 3. A. a. mit Recht hervorgehoben hat, der Gesammtinhalt der Anlagen II.—V. zur Klage alle möglichen Bedenken aus Art. 50 der Provis. Prozeß-Ordnung.

B. Die sonstigen Einwendungen des Beklagten gegen den Arrest hängen mit dem bestrittenen Inhalt der Forderung genau zusammen, sind mit diesem einer Beurtheilung zu unterziehen, und hier nur die Frage zu erörtern, ob nicht, wenn die Behauptungen des Beklagten über die Widerrechtlichkeit der Versteigerung seiner Waaren, und andererseits die Angaben des Klägers über den Betrag der von ihm zu fordernden Spesen, Zinsen und Provision nebst del

*) Siehe Band III. S. 312 flg.

credere zum Grunde gelegt wurden, ein Ueberschuß zu Gunsten des Klägers verbleibt. Denn wenn dieses der Fall sein sollte, so würde der Gerichtsstand, nach vorgängiger Beweisführung, über den Inhalt des Commissionsvertrages jedenfalls begründet sein. Nach den Gründen des Stadtgerichts 3. B. f. hängt hier Alles davon ab, ob man den ursprünglichen Fakturabetrag der verkauften 5 Kisten mit fl. 825. 5 kr., oder ob man auf Grund des Briefes vom 20. Juli den um 10 pCt. verkürzten Betrag, also nur fl. 742. 35 kr. zum Grunde zu legen hat. Es genügt aber, zur Widerlegung folgende Posten aus dem Contocorrent hervorzuheben. Den Verkauf in Philadelphia gänzlich bei Seite gesetzt, beträgt das Soll des Contocorrents nach der Aufstellung des Klägers die Summe von Doll. 348. 69 Cts. oder von fl. 850. 27½ kr., sie übersteigt also den von dem Beklagten selbst angegebenen Fakturabetrag für die verkauften 5 Kisten von fl. 825. 5 kr. um mehr als fl. 25, während das Stadtgericht zu seiner abweichenden Ansicht durch den, des klägerischen Schweigens ungeachtet, von Amtswegen zu berichtigenden Rechnungsfehler gelangt, daß es den gedachten Betrag gleich fl. 778 annimmt. Noch bedeutender wird natürlich die Differenz, wenn man den eigenen Angaben des Beklagten in seiner Vernehmlassung zufolge die Summe von fl. 742. 35 kr. zu Grunde legt; und nur dann würden die Nebenunkosten gedeckt sein, wenn man den Fakturapreis aller 6 Kisten mit fl. 1095. 20 kr. zur Basis nähme, was jedoch nur möglich wäre, wenn man unzulässigerweise die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger ihm diesen Betrag garantirt habe, von vornherein als erwiesen ansieht. Eine sofortige Abweisung des Klägers wegen widerrechtlicher öffentlicher Versteigerung der Waare konnte daher keinenfalls erfolgen und die erste Beschwerde des Beklagten mußte mithin jedenfalls verworfen werden. Alles kommt mithin darauf an, ob der beigebrachte Contocorrent gehörig gerechtfertigt ist. In dieser Beziehung haben beide Theile

II. in Betreff der Creditposten zunächst den Auctionsverkauf zum Gegenstand ihrer Beschwerden gemacht: der Beklagte hat ihn mittelst seiner zur ersten Beschwerde gegebenen Ausführung und seiner vierten Beschwerde, der Kläger die deßfallsigen Beweise mittelst seiner zweiten Beschwerde unter C. angefochten. Für die Beurtheilung dieser Beschwerden ist es

1) zunächst entscheidend, ob sich nach den Grundsätzen des **gemeinen Handelsrechtes** die Behauptung rechtfertigen läßt, daß ein Verkaufscommissionär, welcher außer Stande ist, die Waare abzusetzen, wegen der darauf haftenden Vorschüsse, Spesen und Kosten, nach vergeblicher Anmahnung des Committenten, einseitig zum Verkauf der Waaren Zwecks seiner Befriedigung zu schreiten berechtigt ist. Wäre dies nämlich der Fall, so würden die Fragen, ob das zu New-York geltende Recht zur Anwendung komme, und was dessen Inhalt sei, unberührt bleiben können, und nur zu erörtern sein, ob der Fall eines Verzuges vorliege, und welche sonstigen Einwendungen dem Beklagten gegen den Verkauf zuständen. Das gemeine Recht kennt indessen eine so weit gehende Befugniß des **Verkaufs**commissionärs nicht. Ein solcher ist Mandatar des Verkäufers und dieser hat wegen der in Betreff des anvertrauten Gutes ihm zustehenden Gegenforderungen zu deren Geltendmachung die Gegenklage aus dem Mandat, nicht aber die sofortige Befugniß, zum Verkaufe des Gutes zu schreiten. Eine Erweiterung dieses Rechtssatzes durch das gemeine Handelsrecht läßt sich nicht nachweisen. Sehr allgemein wird auch dem Verkaufscommissionär wegen seiner Vorschüsse und Verwendungen ein ausgedehntes und bevorzugtes Retentionsrecht zugeschrieben, wogegen ein Pfandrecht ihm nur in dem französischen und den diesem nachgebildeten Rechten gegeben ist. Das Retentionsrecht aber für sich allein gibt ihm jene Verkaufsbefugniß nicht. Eben so wenig läßt sich von demjenigen, was bei dem **Einkaufs**commissionär Rechtens ist, auf die Befugnisse des **Verkaufs**commissionärs schließen, da Jener bis zur Uebergabe an seinen Committenten Eigenthümer der Waare ist, während im Fall einer Verkaufscommission der Committent Eigenthümer der Waare bleibt. Der Umstand aber, daß, zumal bei überseeischen Consignationen, der Verkaufscommissionär, wenn er gezwungen ist, die Verhältnisse zu seinem Committenten zunächst auf dem Wege Rechtens zu ordnen, durch die Verzögerung des Prozesses in die Lage kommen kann, eine Einbuße an seinen Verwendungen zu erleiden, läßt sich nicht als Rechtsgrund für die Gestattung jenes einseitigen Verkaufsrechts ansehen. Nur in einem wahren **Nothfall** würde sich eine Ausnahme rechtfertigen lassen, wie in der Sache Eliason ca. Sonne-

mann vom 29. Juni 1858 *) anerkannt ward, ein solcher ist aber vorliegend nicht ausreichend substantiirt worden. Hiernach wird also

2) die Frage zu erörtern sein, welches Recht für den Kläger in Ansehung des vorgenommenen Verkaufs als normgebend zu erachten sei. In dieser Beziehung aber haben beide vorigen Urtheilsverfasser mit Recht angenommen, daß, auch ohne eine von dem Beklagten mit dem Kläger deßfalls abgeschlossene Uebereinkunft, die Rechtmäßigkeit des Verkaufs nicht nach dem Rechte von Leipzig, wo der Vertrag über die Consignation zum Abschluß kam, sondern nach dem Rechte von New-York, wo dieselbe ausgeführt werden sollte, beurtheilt werden müsse. Denn wenngleich die Rechtsbeständigkeit des Vertrages an sich, der Regel nach, von dem Rechte desjenigen Ortes abhängt, wo derselbe abgeschlossen wird, so kann doch, wenn die Ausführung des Vertrages an einem anderen Orte stattfinden soll, und dieser Ausführung Hindernisse entgegentreten, die Beurtheilung der hierdurch unter den Contrahenten erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten nur nach dem Rechte desjenigen Ortes beurtheilt werden, wo die letzteren entstanden sind. Dies führt in dem vorliegenden Fall auf das Recht zu New-York. Die Ausführung der Consignation ist nicht möglich gewesen, der Verkaufscommissionär hat die Erstattung von Vorschuß und Spesen, sammt Zinsen, Provision und del credere in Anspruch nehmen zu dürfen geglaubt, und ist, da diese Forderung nicht befriedigt ward, zur Verkaufsselbsthülfe geschritten. Sein Recht dazu kann folglich nur nach den Grundsätzen des Ortes beurtheilt werden, wo dasselbe entstanden sein soll. —

3) Nach der Behauptung des Klägers, welcher der Beklagte widersprochen hat, soll aber folgendes der Inhalt des Rechts zu New-York sein: Jedes Consignationsgut könne zur Deckung von Auslagen nach erfolgter Mahnung zu deren Berichtigung ohne Weiteres, und wenn es 6 Monate nach der Ankunft noch unverkauft sei, selbst ohne Mahnung des Committenten öffentlich versteigert, und dieser Verkauf von demselben nur dadurch abgewendet werden, daß er die Auslage vollständig decke und daß er die Waare zurücknehme. Dieser Rechtssatz ist nun zwar von dem Kläger bescheinigt, indem der Behauptung des

*) Siehe Band IV. S. 129.

Beklagten, die Aussagen der deßfalls vernommenen Zeugen aus dem Handelsstand, welche Urtheile aussprächen, nicht aber Thatsachen bekundeten, seien völlig werthlos, nicht beigetreten werden kann; bewiesen ist derselbe aber noch nicht, und dem Kläger daher mit Recht der unter 3. B. normirte Beweis auferlegt worden, um die Rechtsbeständigkeit des Auctionsverkaufes darzuthun.

4) Nun würde es aber eines derartigen Beweises nicht bedürfen, wenn die Acten ergeben sollten, daß der Kläger den Beklagten befristet habe, und dessenungeachtet während der gegebenen Frist zum Verkauf geschritten sei. Alles kommt mithin darauf an, ob der Kläger, ungeachtet des Umstandes, daß er am 5. September 1855 dem Beklagten geschrieben hatte, „verfügen Sie nicht umgehend über Ihre Waare, so lasse ich solche auf Auction für Ihre Rechnung verkaufen", befugt war, zu einer Zeit, wo ihm die umgehende Verfügung des Beklagten unmöglich zugegangen sein konnte, die Versteigerung vor sich gehen zu lassen.

a) Das Appellationsgericht hat dieses um deßwillen angenommen, weil der Beklagte am 17. October 1855 eine Verfügung über die Waare dem Kläger nicht habe zukommen lassen, vielmehr ausdrücklich bemerke, „wenn Kläger die Waare in Auction geben wolle, so könne Beklagter nichts dagegen einwenden". — Der Beklagte macht dagegen geltend, daß es einer Verfügung über die Waare nicht mehr bedurft habe, nachdem der Kläger, und zwar am Tage vor der ersten Versteigerung, nämlich am 16. September 1855, dem Beklagten geschrieben hatte, „er werde wegen Nichteinlösung der von ihm in Betreff des Vorschusses auf den Beklagten abgegebenen Tratte, da er sein ausgelegtes Geld nicht länger entbehren und die Waaren auf Privatweg zu dem von dem Beklagten limitirten Preise nicht verkaufen könne, solche öffentlich verkaufen lassen". Nun ist es zwar unbestritten, daß dieser Brief, welcher eine einseitige Rücknahme der dem Beklagten in dem Schreiben vom 5. September bis zu dessen umgehender Beantwortung ertheilten Frist enthält, dem Beklagten nach Empfang des Briefes vom 5. September zugegangen ist und vor der Antwort vom 17. October; allein aus dem Empfang des Briefes vom 16. September ergibt sich nur so viel, daß der Beklagte bei Abfassung seiner Antwort alle Ursache hatte, anzunehmen, der Verkauf

werde bereits stattgefunden haben. Andererseits bleibt es aber doch möglich, daß der Beklagte den Ausspruch in dem Briefe vom 16. September, auf den er überall nicht Bezug nimmt, als eine leere Drohung ansah und dessenungeachtet annahm, der Verkauf sei noch nicht vor sich gegangen. — Dies um so mehr, als Beklagter von dem Verkaufe in Auction als von etwas Zukünftigem spricht, keineswegs seine unbedingte Zustimmung zu diesem Verkauf ertheilt, sondern dieselbe ausdrücklich an die Bedingung knüpft, daß nicht weniger für die Waare erzielt werde, als wofür dieselbe dem Kläger in Anrechnung gebracht worden sei. Der Beklagte war daher zu einer entsprechenden Antwort verpflichtet. Sollte jedoch sein Schweigen nicht für entscheidend wider ihn angesehen werden, so mußte doch jedenfalls

b) der Kläger, nachdem er von dem Briefe des Beklagten an L. S. Mayer in Frankfurt d. d. 13. August 1855 Kunde erhalten hatte, für befugt erachtet werden, das Schreiben vom 5. September als erledigt und die Erstattung seiner Auslagen, sowie die Verfügung über die Waaren als verweigert zu betrachten. Denn die an L. S. Mayer abgegebene Erklärung war so anzusehen, als wenn sie dem Kläger abgegeben wäre. Dieser hat nämlich in seinen Prozeßschriften den L. S. Mayer als seinen Agenten bezeichnet und ihn überdies in seinem Schreiben vom 15. März 1855 als die Person benannt, welcher Schmidt seine Erklärung, ob er zu bestmöglichen Preisen verkaufen lassen, oder ob er die Waare gegen Erstattung der Spesen zurückempfangen wolle, mitzutheilen habe. L. S. Mayer ist also nicht bloß Inhaber der zum Rückempfang des Vorschusses bestimmten Tratte, sondern zugleich dem Schmidt gegenüber als Bevollmächtigter für diese Angelegenheit anzusehen. In dieser Eigenschaft hat er, wie sich auch aus dem Brief vom 9. August ergibt, mit Schmidt correspondirt, und letzterer nennt ihn in der Antwort vom 13. August wiederholt den Associé von Wetzlar. Die dem Mayer gegebene Erklärung geht aber dahin, nicht Schmidt habe dem Wetzlar, sondern dieser ihm, dem Schmidt, Deckungen zu machen; er lasse sich auf Nichts ein, man möge den gerichtlichen Weg betreten. Damit war ganz unverholen und zwar direct in Betreff des Vorschusses, indirect in Betreff der Spesen und Rücknahme der Waare ausgesprochen worden, der Beklagte wolle den Kläger nicht befriedigen. —

Nimmt man nun noch hiezu, daß in diesem Ausspruch eine Beseitigung der in dem Schreiben vom 8. April 1855 enthaltenen Erklärung, bei Rücknahme der Waare Vorschuß und Spesen prompt vergüten zu wollen, enthalten ist; und ferner, daß sich aus dem Schreiben Schmidt's an Mayer vom 13. August klar ergibt, daß Beklagter in seinem Schreiben vom 20. Juli und ebenso in der Vernehmlassung wahrheitswidriger Weise den Empfang des am 29. April von Wetzlar an ihn gerichteten Schreibens abgeleugnet hat — eine Unwahrheit, welche er in der Schlußerklärung ausdrücklich hat eingestehen müssen — und daß schon in diesem Schreiben vom 29. April mit deutlichen Worten die Aufforderung enthalten war, die Waare zurückzunehmen und umgehend Vorschuß und Spesen zu erstatten, so mußte diesem Allem zufolge angenommen werden, der Kläger sei berechtigt gewesen, die Weigerung seiner am 5. September gemachten Offerte im Voraus anzunehmen und die Waare ohne Weiteres zu verkaufen.

5) Führt der Kläger den über den Inhalt des Rechtes zu New-York ihm auferlegten Beweis, so war er zur Vornahme der Versteigerung befugt, und auf die Einhaltung des Limitum kommt nichts weiter an. Es ist daher unzulässig, ihm copulativ mit gedachtem Beweis einen ferneren Beweis über den Inhalt der Bedingungen, unter welchen der Verkauf ihm ursprünglich gestattet war, aufzubürden; der im Appellationsgerichts-Urtheil unter 3. A. verbis „daß" bis „festgesetzt" festgestellte Beweis braucht daher neben dem Beweise unter 3. B. von dem Kläger nicht geführt zu werden. Hiernach fragt es sich nur noch, ob dem Beklagten wider den letztgedachten Beweis der seiner Einrede, daß ihm Kläger den Fakturapreis der consignirten Waaren als Reinerlös garantirt habe, nachzulassen sei. Das vorige Urtheil hat dieses unter 4. b. gethan, und dagegen ist die zweite Beschwerde des Klägers unter C. gerichtet. Behauptet worden ist diese Garantie von dem Beklagten mit völliger Bestimmtheit und andererseits von dem Kläger eben so bestimmt in Abrede gestellt. An sich also mußte die Einrede zum Beweise verstellt werden, und es ließe sich nur dann davon absehen, wenn dessen Gegentheil schon erwiesen wäre. Nun läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß es für den Kläger einfacher gewesen sein würde, die Waare zu kaufen, statt eine derartige Garantie

zu übernehmen. Auch sind folgende Umstände mit dieser Uebernahme schwer zu vereinigen:

a) die Bereitwilligkeit des Beklagten, bei Rücknahme der Waaren Vorschuß und Spesen prompt vergüten zu wollen,

b) die Offerte eines Decorts von 7½ resp. 10%,

c) die Zulassung des Abzugs der die unveräußerte Kiste betreffenden Kosten in der Schlußerklärung.

Es könnte daher scheinen, daß diese Momente in ihrer Vereinigung zu der Annahme führten, das Gegentheil dessen, was zum Beweise verstellt worden, sei bereits durch die Erklärungen resp. Handlungen des Beklagten außer Zweifel gesetzt. Berücksichtigt man indessen, daß die Parteien sehr wohl Gründe gehabt haben könnten, statt eines Kaufs ein Commissionsgeschäft mit Garantie abzuschließen, daß die betreffenden Briefe des Beklagten als Vergleichsofferten nicht zu bestimmten, daraus abzuleitenden Schlüssen berechtigen, und daß endlich das Einverständigsein mit dem Abzug der überdies noch bestrittenen Unkosten bei einer Kiste zu keinem sicheren Schluß in Betreff der übrigen berechtigt, so konnte, zumal am Schlusse des ersten Verfahrens, von einer Beweisnachlassung in Betreff der Garantie nicht abgesehen werden.

6) Führt dagegen der Kläger den Beweis unter II. 2. nicht, erscheint demnach die öffentliche Versteigerung als ungerechtfertigt, so fragt es sich nunmehr, welche Summe dem Auctionserlös im Credit zu substituiren sei. Da die Parteien darin übereinstimmen, daß ein Limitum bei der Consignation stattgefunden habe, und nur darüber unter ihnen eine Verschiedenheit obwaltet, daß der Kläger die Fakturapreise als solches bezeichnet und sich für berechtigt hält, von diesen sämmtliche Spesen (baare Auslagen, Provision und del credere) in Abzug zu bringen, während andererseits der Beklagte behauptet, als Limitum seien festgesetzt die Fakturapreise unter Hinzurechnung aller Spesen, so war auch dieser Punkt eventuell durch eine Beweisauflage zu reguliren. Wen aber die Beweislast in dieser Beziehung zunächst treffe, darüber wird von den Parteien gestritten, indem der Kläger mittelst seiner zweiten Beschwerde unter b. c. den ersten Theil der unter 3. A. ihm gemachten Beweisauflage, wie die Beweisnachlassung an den Beklagten unter 4. a. angefochten hat. In ersterer

Beziehung mußte seinem Verlangen entsprochen werden und war dem Beklagten eventuell der unter 4. a. ersichtliche Beweis aufzuerlegen. Denn wenn es streitig ist, wie hoch sich das Limitum eines Verkaufscommissionärs belaufen habe, so trifft in dieser Beziehung zunächst den Committenten, welcher den Auftrag ertheilt hat und mithin dessen Inhalt, insoweit er bestritten wird, darzuthun verpflichtet ist, die Beweislast. Von selbst versteht es sich hierbei, daß durch diese Normirung der Beweislast über die Frage, unter welchen Voraussetzungen, namentlich ob etwa schon bei der einfachen Verabredung, die Faktura solle als Limitum betrachtet werden, angenommen werden dürfe, daß der ihm obliegende Beweis geführt sei, nicht hat vorgegriffen werden sollen.

7) Gegen diesen eventuellen Beweis, nicht aber gegen den unter Nr. 5 berührten Garantiebeweis, war dem Kläger, wie derselbe in seiner zweiten Beschwerde unter d. mit Recht hervorhebt, der Beweis der Replik, daß dem Beklagten durch die Auctionsverkäufe vom 17. und 24. September 1855 kein Schaden erwachsen sei, nachzulassen. Denn auf Grund früherer Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts, namentlich in

Frankfurt, i. S. Otto ca. Blot.*) Nov. 1848, und

Frankfurt, i. S. Eliason ca. Sonnemann. Juni 1858,**)

ist ein derartiger Beweis an sich zulässig. Daneben aber ließ sich nicht annehmen, daß in den Briefen des Klägers vom 29. April und seines Agenten Mayer vom 9. August die Möglichkeit eines höheren Erlöses, also das Gegentheil dessen, was zum Beweis verstellt ist, unumwunden zugegeben sei.

8) Anlangend sodann den Creditposten Nr. 3, so könnte es in Betreff desselben zunächst zweifelhaft sein, ob es derzeit noch zulässig sei, die Frage nach der Berechtigung des Klägers, von dem Auctionserlös für Provision und del credere einen Abzug zu machen, einer erneuten Prüfung zu unterziehen, da der vorige Richter diesen Abzug nach vorgängiger Beweisführung einer Zusicherung von Provision à 5 pCt. und del credere à 2½ pCt. (Nr. 3. A. verb. „und

*) Siehe Seite 149.

**) Siehe Band IV. Seite 124 bis 135.

dem Kläger" bis „worden ist") ohne Weiteres zugebilligt hat, und der Beklagte eine ausdrückliche Beschwerde hierüber in gegenwärtiger Instanz nicht aufstellt. Erwägt man indessen, daß die Zulässigkeit von dem Beklagten in erster Instanz ausdrücklich bestritten worden ist, so wird man berechtigt und verpflichtet sein, die erste ganz allgemeine Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz auch hierauf zu beziehen. Nun konnte zwar nach dem gemeinen Handelsrecht eine Befugniß des Commissionärs, welcher, wie hier geschehen, zur Deckung seiner Vorschüsse und Spesen zum Auctionsverkauf der committirten Waare geschritten ist, von dem Erlös sich Provision zu berechnen und einen Abzug für del credere Stehen zu machen, nicht anerkannt werden, indem beides nur in dem Fall ihm zukommt, wenn ein Verkauf in Gemäßheit des ertheilten Auftrages stattgefunden hat. Da indessen der Kläger in seiner Replik ausdrücklich hervorhebt, daß einem Verkaufscommissionär nach dem zu New-York geltenden Handelsrecht die Befugniß zu diesem Abzug in einem Falle der gedachten Art allerdings zusteht, so mußte Zwecks Rechtfertigung dieses Postens dem Kläger der betreffende Beweis auferlegt werden.

Daneben war auf Grund der zweiten Beschwerde des Klägers unter b. demselben der Beweis der Zusicherung einer Vergütung für Provision und del credere Stehen zu den obgedachten Beträgen zwar nicht abzunehmen, jedoch in Gemäßheit seiner eventuellen Beschwerde alternativ mit demselben der Beweis, daß jene Ansätze für derartige Commissionsgeschäfte in New-York üblich seien, aufzuerlegen. Daß nämlich in erster Beziehung den Kläger an sich die Beweislast treffe, bestreitet derselbe nicht, sondern ist nur der Ansicht, es bedürfe in Ansehung dieses Punktes keines weiteren Beweises, weil sich der Beklagte auf denselben nicht gehörig unter Angabe anderen Sachverhalts eingelassen habe, theils weil schon neben der Klage genügende Bescheinigung geliefert sei. Allein das, was in der Klage und Replik über Provision und del credere behauptet worden, hat der Beklagte auch in der Vernehmlassung und in der Duplik vollständig und bestimmt in Abrede gestellt, und der Angabe des anderen Sachverhalts bedurfte es nicht, da das Versprechen von Provision und del credere gänzlich geleugnet ist, auch die Ueblichkeit der fraglichen Ansätze in New-York eine dem Beklagten fremde Thatsache war. Die mit der

Klage gelieferte Bescheinigung ist aber auch kein genügender Beweis. Die zweite Alternative aber mußte um deßwillen hinzugefügt werden, weil sich aus den angeführten Stellen der Klage und Replik, nur nicht mit voller Bestimmtheit, entnehmen läßt, ob eine den Ansätzen von 5 resp. 2½ pCt. zur Seite stehende Gewohnheit zu New-York, auch abgesehen von einem Versprechen, hat behauptet werden sollen, und zweifelhafte Aeußerungen einer Partei zu deren Gunsten zu erklären sind.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß das Resultat dieser Beweisführung in Betreff des Versprechens resp. der Ueblichkeit von Provision und del credere zum Betrage von 5 resp. 2½ pCt. auch dann, wenn Beklagter nach Nr. 6. den ihm eventuell auferlegten Beweis nicht erbringen sollte, von Erheblichkeit ist, indem der Kläger alsdann die versprochenen oder in New-York üblichen Procente für Provision und del credere vom Fakturabetrag in Abzug zu bringen befugt ist.

III. Anlangend aus dem Credit den Posten Nr. 2, in Bezug auf welchen sich die Bedenken hinsichtlich der Frage, ob er noch derzeit Gegenstand der Beurtheilung sei, in gleicher Weise wie unter II. 8. lösen, und aus dem Debet die Posten 1, 2, 8 und 9, so hat der Beklagte hinsichtlich der letzteren mittelst seiner dritten Beschwerde verlangt, daß die gedachten Posten nicht für liquid erkannt würden, und dieser Beschwerde war zu entsprechen. Das Appellationsgericht stützt seine Entscheidung darauf, daß der Beklagte beim Leugnen dieser Posten keine geringeren Beträge angegeben habe. Allein dieser Grund trifft bei Thatsachen, von denen der Beklagte keine eigene Wissenschaft haben kann, nicht zu.

Frankfurt, Sache Gebr. Leser ca. Melas u. Gernsheim. — Mai 1858.*)

Eben so wenig konnte angenommen werden, daß die Erklärung des Beklagten über die fraglichen Posten nicht speciell genug sei. Denn der Beklagte hat in seiner Vernehmlassung die Posten nicht nur mit Nummern, sondern auch mit den einzelnen Summen des klägerischen Contocorrents genau bezeichnet und ausdrücklich sowohl ihren Betrag,

---

*) Siehe Band IV. S. 83.

als ihre Verausgabung in Abrede gestellt. Daneben hat er zwar die nähere Specificirung der Ansätze in der Klagbeilage II. als nicht gehörig substantiirt und belegt angefochten, hat aber doch auch der Richtigkeit dieser in der Anlage II. specificirten Ansätze bestimmt widersprochen, und dies mußte für genügend gehalten werden. Denn wenn man auch nicht eine Rechnung in folle ableugnen darf, so ist es doch auch andererseits nicht nöthig, jeden einzelnen Ansatz wörtlich zu wiederholen, sobald nur durch einen geeigneten Gesammtausdruck klar gestellt ist, daß sämmtliche einzelne Ansätze in Abrede genommen werden sollen.

Frankfurt, i. S. Fay ca. Haack u. Schott. Mai 1857.*)

Da nun ein fingirtes Geständniß in Betreff dieser Posten nicht anzunehmen war, auch die mit der Klage gelieferte Bescheinigung, die Affidavits der beiden Zeugen und das Zeugniß des Notars über die Gesetzlichkeit und Ueblichkeit der Beträge, keinen den Gegenbeweis ausschließenden Beweis liefern, so war dem Kläger in Betreff der gedachten Posten Beweis aufzulegen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß, wenn der Beklagte keine Gegenbeweismittel beibringt, der Kläger zu einer einfachen Beeidigung dieser bei überseeischen Commissionsgeschäften gewöhnlichen Posten zugelassen werden muß, und namentlich die Höhe ihres Betrages verhinderte schon gegenwärtig, sowie in früheren Fällen bei geringeren Summen von dem Ober-Appellationsgericht geschehen ist, auf jenen Eid zu erkennen.

IV. 1, in Betreff der Debetposten 4, 5 und 6 hat sich der Kläger mittelst seiner zweiten Beschwerde unter a. darüber beschwert, daß ihm nicht verstattet worden sei, den geleisteten Vorschuß sammt Auslagen mit 7 pCt. Zinsen ersetzt zu verlangen. Wenn sich derselbe zu dem Ende zunächst auf Reform. II. 11. § 11 beruft, wonach über das gesetzliche Maß freiwillig bezahlte Zinsen nicht zurückgefordert werden sollen, so übersieht er, daß im Falle einer Tilgung des Debets durch die entsprechenden Creditposten von einer freiwilligen Rückzahlung nicht die Rede sein kann. Es war jedoch dessenungeachtet dem Verlangen des Klägers insoweit zu entsprechen, daß unter Aufhebung des vorigen Erkenntnisses unter Nr. 2 dem Kläger

*) Siehe Band III. S. 199.

gestattet werden mußte, dem Beklagten für den geleisteten Vorschuß und diejenigen Auslagen, welche er nach dem Ergebniß der Beweisführung demselben wird in Anrechnung bringen können, bis zur Anstellung der Klage 7 pCt. Zinsen zu berechnen. Abgesehen nämlich davon, daß Reform. II. 24. § 7 die Liquidation eines höheren Interesses gestattet, so hat Reform. II. 11. § 15 den Kaufleuten es ausdrücklich eingeräumt, bei der Liquidation von Verzugszinsen, denen die in Rede stehenden gleichzustellen waren, mehr als 5 pCt. zu berechnen, jedoch deren Ermäßigung zum Richterermessen verstellt.

Vergl. Souchay, Anmerk. zur Reform. Bd. I. S. 266.

Da nun der Kläger durch ein Notariatszeugniß bescheinigt hat, daß 7 pCt. in New-York gesetzlicher und handelsüblicher Zinsfuß seien, und namentlich für Auslagen eines Commissionärs Zinsen von jener Höhe berechnet werden, so war hierdurch, in Beihalt des Umstandes, daß es hinlänglich bekannt ist, daß in Amerika der Zinsfuß höher als 5 pCt. zu sein pflegt, dem richterlichen Ermessen ein ausreichender Anhalt gegeben, um den Kläger mit seiner Forderung in gedachter Beschränkung zuzulassen. Auf ein deßfallsiges ausdrückliches Versprechen kommt es hiernach nicht weiter an.

2) Der dritte Posten im Debet ist unbestritten und war mithin sofort für liquid zu erklären.

Das Erkenntniß in Betreff der Kosten sämmtlicher Instanzen bedarf keiner weiteren Rechtfertigung.

Auszüge aus den Seite 145 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

Blot ca. Otto. 1848.

An sich ist es als richtig anzuerkennen, daß, wenn ein Fabrikant oder Kaufmann einem Kaufmann Waaren zum Verkauf zu einem fest limitirten Preise in Commission gegeben hat und dieser sie unter dem Limito verkauft, der Committent, ohne seinerseits noch zu dem Beweise schuldig zu sein, daß er durch den ordrewidrigen Verkauf Schaden gelitten habe, ohne Weiteres die Differenz zwischen dem gelösten und dem limitirten Preise zu fordern berechtigt ist. Denn wenn sich auch

vielleicht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts Bedenken dagegen erheben lassen, so darf doch der Satz nach neuerem Handelsrecht für zweifellos gelten, wie denn auch der Beklagte selbst ihn als richtig anerkannt hat. Und es kann in dem einzelnen Falle höchstens nur davon die Frage sein, ob dem Commissionär nicht der Beweis zu gestatten sei, daß der ordrewidrige Verkauf den Committenten entweder überall nicht in Schaden gesetzt oder doch der erwachsene Schaden jener Differenz nicht gleichkäme. —

214.

A. May jun., Kläger, Widerbeklagter, Appellant gegen **A. Mayer** zu Carlsruhe, Beklagten, Widerkläger, Appellaten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. November 1859.

Es handelt sich nicht, wie das Stadtgericht annimmt, um den Beweis einer Vereinbarung, wodurch der an sich klare Laut und Sinn der Verkaufsnote verändert worden, sondern vielmehr — nach den hier maßgebenden Entscheidungsgründen zu den Erkenntnissen des Appellationsgerichts vom 20. October 1856 und Ober-Appellationsgerichts vom 29. October 1857 *) — um den Beweis der Intention, welche die Contrahenten mit der am Schlusse jener Note vorkommenden Clausel:

„Nach Ablauf von 6 Wochen ist das Angeld verfallen und ich (Verkäufer) bin wieder Eigenthümer der Waare"

verbunden haben. Durch die früheren Urtheile ist anerkannt, daß nach dem Wortlaute dieser Clausel dem Angelde der fl. 1000 die rechtliche Bedeutung eines Reugeldes zukommen würde; dem Kläger jedoch der Beweis nachgelassen, daß nach der wahren, durch ausdrücklich erklärtes Einverständniß kund gegebenen Absicht der Contrahenten der Verkäufer auch *nach* Verfall des Angeldes auf Vollziehung des Handels zu dringen berechtigt sein sollte.

Es muß aber den vorigen Gerichten darin beigetreten werden, daß durch die Zeugen weder eine ausdrückliche Erklärung der eben gedachten Art, noch überhaupt ein Moment bekundet worden ist, welches auf die fragliche, vom Kläger zu erweisende Absicht *beider* Contrahenten mit Bestimmtheit hinwiese.

---

*) Siehe Band III. S. 821.

Die Zeugen sagen zwar übereinstimmend aus, der Handel sei in ihrer Gegenwart zum Abschlusse gekommen, indem die Contrahenten über Waare, Preis, Bezugszeit und eine sofortige Anzahlung von fl. 1000 sich geeinigt hätten.

Aus dem weiteren Verlaufe der Depositionen der Zeugen A. und B. und einer Vergleichung der Verkaufsnote ergibt sich jedoch, daß der Handel mit der eben hervorgehobenen Uebereinkunft noch keineswegs seine schließliche Gestalt erhalten, diejenige Verhandlung über die rechtliche Natur der anzuzahlenden fl. 1000, aus welcher die oben bezeichnete Clausel der Verkaufsnote hervorgegangen ist, und auf die es somit allein ankommt, vielmehr erst nachträglich, und zwar zu einer Zeit stattgefunden hat, wo der Zeuge H. sich bereits entfernt hatte.

A. weiß über diese Verhandlung Nichts zu bekunden, als daß eine von ihm entworfene Verkaufsnote, worin die Bemerkung aufgenommen war, daß, im Falle der Weizen nicht zur betreffenden Zeit bezogen würde, das Draufgeld von fl. 1000 verfallen, der Verkäufer nicht weiter an den Kauf gebunden und außerdem der Käufer gehalten sein sollte, allen entstehenden Schaden zu tragen, die Billigung des Beklagten nicht gefunden und dieser sich einstweilen entfernt hat, ohne daß man sich über die Fassung der Note oder auch nur materiell über die fragliche Vertragsbedingung geeinigt gehabt. Ueber das Entscheidende, die Anfertigung, Genehmigung und Unterschrift der schließlich angenommenen Note und die bei dieser Gelegenheit von dem Contrahenten mündlich ausgesprochene Intention weiß der Zeuge keine Mittheilung zu machen. — Kläger meint freilich: gerade diejenigen Aeußerungen, welche, nach Angabe des Zeugen, in Anlaß der von diesem entworfenen Verkaufsnote Seitens beider Contrahenten gefallen, constatirten das von ihm zu erweisende Einverständniß: Er, Kläger, habe ausgesprochen, wie er es als selbstverständlich betrachte, daß im Falle des Nichtbezugs des Weizens innerhalb der festgesetzten Zeit das Draufgeld verfallen, er nicht weiter an den Kauf gebunden, Beklagter aber allen entstehenden Schaden zu tragen gehalten sei; und der Beklagte sei, der Sache nach, hiermit einverstanden gewesen und habe nur nicht gewollt, daß die fragliche Bedingung, weil ein Mißtrauen gegen ihn bekundend und deßhalb beleidigend, in die Vertrags-Urkunde

mit aufgenommen werde. Allein man hat durchaus keinen hinlänglichen Grund zu der Annahme, daß der Widerspruch des Beklagten nur der Einverleibung der fraglichen Clausel in die Note und nicht vielmehr dem materiellen Inhalte derselben gegolten. Auf Letzteres weisen vielmehr sowohl die Worte der Zeugenaussage:

„Mayer — — — stellte sich — — über eine solche „„Zumuthung““ beleidigt,“

als auch der Umstand hin, daß später eine ähnliche, aber nicht so weit gehende Clausel in die Verkaufsnote aufgenommen worden ist. Was aber Beklagter damals in Gegenwart des Zeugen positiv erklärt hat, ist Nichts, als seine Bereitwilligkeit, den Handel überhaupt zu erfüllen, und läßt keinen Schluß zu auf die Bedeutung der Nebenabrede, über deren Inhalt und Fassung erst später eine Einigung zu Stande gekommen ist.

Der Zeuge B. weiß nicht einmal mit Bestimmtheit anzugeben, auf welchen Punkt die Differenz, welche bei Gelegenheit der von A. aufgesetzten Schlußnote zwischen den Contrahenten entstand, sich eigentlich bezogen hat. Von der durch den Zeugen bekundeten Aeußerung des Beklagten:

„Sie müssen viel mit Spitzbuben zu thun haben“

und dessen Verlangen, daß die von A. inscrirte Bemerkung aus der Schlußnote wegbliebe, gilt übrigens ganz dasselbe, was von der durch A. bezeugten Erklärung vorher bemerkt worden ist. Man hatte keinen genügenden Grund für die Annahme, daß die Unzufriedenheit des Beklagten nur der Aufnahme der fraglichen Bemerkung in das Vertrags-Document und nicht vielmehr deren Inhalt gegolten.

Wenn Kläger noch Gewicht darauf legt, daß nach der Aussage der Zeugen H. und A. die fl. 1000 nur als „Draufgeld“, nicht als „Reugeld“ gegeben, resp. von denselben immer nur als „Draufgeld“ gesprochen worden, auch H. ausdrücklich erkläre, daß nur ein fester Kauf abgeschlossen worden, so kann auch dem eine besondere Bedeutung für den zu liefernden Beweis nicht beigelegt werden. Denn die Aussage des H. bezieht sich nur auf die Kundgebungen vor Aufsetzung der Verkaufsnote. Gerade bei Vorlegung der von A. entworfenen Note aber erhob sich der Widerspruch des Käufers gegen Einrückung derjenigen Worte, welche auf Reservation aller Ansprüche des Ver-

käufers auch nach Wegfall des Angeldes gingen, und aus der später acceptirten Note wieder hinweggeblieben sind. Und auch der Zeuge A. hat der schließlichen Vereinbarung über den Inhalt der Note nicht beigewohnt, und sein Zeugniß über Bezeichnung der fl. 1000 als „Draufgeld", wenn man darin zu finden haben sollte, daß dieser Ausdruck im bewußten Gegensatze zum „Reugeld" gebraucht worden, würde im Hinblicke auf den gleichzeitig bekundeten Widerspruch des Käufers gegen Aufnahme der fraglichen Reservation in die Note jedenfalls nur das Verständniß zulassen, daß der Verkäufer an solcher Auffassung der fl. 1000 festgehalten, was selbstverständlich zum Beweise der Vereinbarung nicht genügend ist.

Kann diesem Allem nach den Zeugenaussagen für den von dem Kläger zu liefernden Beweis gar kein Werth beigelegt werden, so kommt man auf die Frage überall nicht, ob in der Persönlichkeit des Beklagten ein Grund liege, eher auf den Erfüllungseid zu erkennen, als auf den Reinigungseid, und mußte vielmehr das angefochtene Erkenntniß, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz, lediglich bestätigt werden.

215.

Lazarus Strauß, Kläger, gegen **Salomon Strauß**, Beklagten, Erbansprüche, jetzt die angeordnete Verhandlung der angestellten Klage betreffend.

Am 15. Januar 1859 überreichte Lazarus Strauß beim Stadtgerichte gegen Salomon Strauß dahier zwei getrennte, jedoch auf einander Bezug nehmende Klagen, und stellte in denselben übereinstimmend Folgendes vor: Sein Sohn Moritz sei am 9. October 1855 verstorben und (ab intestato) u. A. von Beklagtem und von ihm, dem Kläger, beerbt worden; Beklagter, welcher mit dem Erblasser gemeinschaftlich dahier ein Weingeschäft betrieben, habe sich mit dem Tode in den Besitz des gesammten Nachlasses gesetzt, und hiernächst seinen Miterben einen — abschriftlich beigefügten — Erbtheilungsvertrag offerirt, welcher von den übrigen Miterben zwar angenommen und unterzeichnet, vom Kläger jedoch wegen Unrichtigkeit der Erbschaftsliquidation zurückgewiesen worden sei; Kläger habe vollständige Rechnungsablage und Herausgabe seines vollen Erbtheils verlangt. — In causa II. sodann berief sich Kläger noch auf die ihm vom Stadtgerichte II. für ein Fünftheil des Nachlasses zuerkannte immissio in possessionem, welche, sowie auch die präparatorische Natur der gestellten Anträge, die Behandlung im summarischen Prozesse begründe.

Die Petita waren: in causa II., Beklagten anzuhalten, 1) ein genaues Nachlaßverzeichniß und belegte Rechnung über die einseitig bewirkte Liquidation und die inzwischen gezogenen Früchte ꝛc. vorzulegen, insbesondere alle einschlägigen Bücher und Belege, nämlich alle Privatlitteralien des Erblassers und sämmtliche, die betreffende Zeit

berührende Bücher der Gesellschaftshandlung zu ediren, und 2) die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Vorlagen durch den Manifestationseid zu erhärten; in causa I., Beklagten zur Herausgabe des dem Kläger in Folge specieller Vereinbarung statt des erwähnten Fünftheils zukommenden Viertheils der Erbschaft (nebst Früchten, Gewinn rc.) der Feststellung vorbehaltlich zu verurtheilen.

Das Stadtgericht vereinigte im Klagmittheilungsdecrete beide Klagen zu Einer und zwar im ordentlichen Prozesse zu verhandelnder Sache.

Auf Appellation des Klägers hob die zweite Instanz die Vereinigung wieder auf und verwies causa I. zum ordentlichen und causa II. zum summarischen Verfahren.

Auf Ober-Appellation des Beklagten stellte das Ober-Appellationsgericht unter dem 17. December 1859 das stadtgerichtliche Decret und zwar aus folgenden Gründen wieder her.

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts.

Das Appellationsgericht hat die getrennte Verhandlung der beiden in Beziehung auf den Nachlaß des Moritz Strauß angestellten Klagen und zwar in der Weise angeordnet, daß die causa I. im ordentlichen Verfahren zu verhandeln, die causa II. dagegen zur summarischen Verhandlung an die Gerichtscommission abzugeben sei.

Wenn nun der Kläger der Appellation des Beklagten, welche in der Hauptsache die Wiederherstellung der Stadtgerichtsbescheide beantragt, durch welche die Combinirung beider Sachen, und zwar zur Verhandlung im ordentlichen Verfahren, verfügt worden ist, zunächst

I. den Einwand der Unstatthaftigkeit entgegensetzt, so geschieht dies ohne Grund.

Man kann nämlich die Verfügungen des Appellationsgerichts nicht, wie vom Kläger geschieht, aus einander reißen und einerseits die verfügte getrennte Verhandlung beider Sachen, andererseits die Verweisung der causa II. zum summarischen Verfahren als verschiedene Gegenstände der Berufung behandeln. Vielmehr ist die Entscheidung des Appellationsgerichts eine zusammenhängende, und zwar diejenige, daß causa II. zur summarischen Verhandlung geeignet sei, die Präjudicialentscheidung, welche die über die Trennung beider Sachen

bedingt, indem, wenn man in jener Entscheidung den vorigen Richtern nicht beitreten sollte, damit jeder Grund für die verfügte Trennung hinwegfallen würde. Nun unterliegt es aber keinem Zweifel, daß ein Erkenntniß, wodurch nach contradictorischem Verfahren entschieden ist, daß eine Klage, für welche der Beklagte den ordentlichen Prozeß in Anspruch nimmt, zur summarischen Verhandlung an die Commission abzugeben sei, ein appellabeles ist: wie sich denn auch das Ober-Appellationsgericht bereits dahin in einem früheren Falle ausgesprochen hat.

Elissen ca. Elissen. 1840.*)

Es ist aber die Beschwerde des Beklagten

II. auch eine begründete.

A. Die Klage causa II. eignet sich schon an und für sich nicht dazu, summarisch vor der Gerichtscommission verhandelt zu werden.

Es kommt hier nicht darauf an, ob diese Klage ihrem Gegenstande nach zu denjenigen gehört, in welchen nach gemeinem Rechte der unbestimmte summarische Prozeß eintreten kann, sondern lediglich auf den Art. 10 der provisorischen Prozeßordnung. Nun aber gehört die causa II. zu den im Art. 10 speciell aufgeführten Sachen, welche vor der Gerichtscommission verhandelt werden müssen, offenbar nicht. Es fragt sich also nur, ob sie von der Beschaffenheit ist, daß bei ihr die nach dem weiteren Inhalte des Art. 10 dem richterlichen Ermessen anheimgegebene Verweisung auch anderer Sachen an die Gerichtscommission sich rechtfertigt. Der zuerst behandelte Fall eines, in einem im ordentlichen Verfahren behandelten Prozesse vorkommenden Incidentpunktes liegt hier nicht vor. Wenn das Gesetz ferner gestattet, Sachen, in welchen wegen Gefahr auf dem Verzuge schleunig zu verfahren ist, zur summarischen Verhandlung zu verweisen, so setzt es dabei ausdrücklich voraus, daß sie von nicht zu verwickelter Beschaffenheit sind, indem es sogar gestattet, aus diesem Grunde die bereits an die Commission abgegebenen Sachen wieder zur Verhandlung im ordentlichen Verfahren zurückzuweisen. Nun aber stellt sich die causa II. weder

1) von vornherein als eine einfache, nicht verwickelte, noch auch

2) als eine solche dar, welche an sich eiliger Natur ist. Denn

ad 1) was das Erstere betrifft, so geht die Klage auf eine genaue

*) Siehe Seite 159.

Rechnungsablage über die Liquidation des Nachlasses von Moritz Strauß auf umfassende Editionen von Büchern und Litteralien und Exhibition der Nachlaßgegenstände, auf Ernennung eines Sequesters und Ableistung des Manifestationseides, und dies Alles auf Grund von Erbansprüchen, denen möglicher-, selbst muthmaßlicherweise aus der vom Kläger selbst mit der Klage beigebrachten Acte, welche zwar vom Kläger nicht mit unterzeichnet ist, nach deren Inhalt aber unter sämmtlichen Miterben, den Kläger mit einbegriffen, eine Erbtheilung vereinbart ist, vom Beklagten die Einrede des Vergleichs wird opponirt werden, so daß sowohl mit Rücksicht auf die sehr weit gehenden Anträge der Klage, als auf die zu besorgende Einrede sehr verwickelte und weitläufige Verhandlungen in Aussicht stehen. — Genügt nun dies schon, um die Sache zu einer summarischen Behandlung nicht geeignet erscheinen zu lassen, so kommt

ad 2) hinzu, daß in der That von dem, was man periculum in mora nennt, bei der fraglichen Klage, mit deren Anstellung der Kläger drei Jahre gewartet hat, nicht füglich die Rede sein kann, indem, wenn — was der Kläger geltend macht — von dem Beklagten zu besorgen wäre, daß er auf Verdunkelung der Erbschaftsverhältnisse und auf Beseitigung von Nachlaßgegenständen denke, er dazu seither volle Zeit gehabt haben würde, und daß derselbe sich jetzt in mißlichen Vermögensverhältnissen befinde, vom Kläger selbst nicht hat behauptet werden können, das hohe Alter des Klägers aber an sich nicht geeignet ist, der Sache den Charakter einer eiligen zu geben.

Ganz entscheidend aber ist,

B. daß gleichzeitig mit der Klage causa II. die Hauptklage causa I. auf Herausgabe des dem Kläger mehr als vom Beklagten anerkannt worden, angeblich aus der Erbschaft Zukommenden angestellt ist, und es hinsichtlich dieser Klage rechtskräftig feststeht, daß sie im ordentlichen Prozesse zu verhandeln sei. Denn beide Klagen sind durchaus connex; sie beruhen auf einem und demselben Fundamente, und es ist als wahrscheinlich anzunehmen, daß die oberwähnte Einrede aus der bereits vereinbarten Erbtheilung bei den Klagen in gleichem Maße entgegengesetzt werden wird. Es würden daher aus der gleichzeitigen Verhandlung der causa I. vor dem Stadtgerichte und der causa II. vor der Gerichtscommission nicht nur voraussichtlich doppelte Verhand-

lungen über dieselbe Einrede entstehen, sondern das schleunige Verfahren in causa II. auch insofern ohne allen Nutzen für den Kläger sein, als doch über die — voraussichtlich illiquide — Einrede der bereits vereinbarten Erbtheilung kein doppeltes Beweisverfahren eintreten kann, ehe aber über diese Einrede in causa I. erkannt ist, auch über die in causa II. gestellten Klaganträge vom Stadtgerichte nicht wird entschieden werden können.

Es war daher die Verfügung des Stadtgerichts um so unbedenklicher wieder herzustellen, als dadurch dem Kläger unbenommen ist, beim Fortgange der nun combinirt zu verhandelnden Sachen, insofern er sich damit durchzukommen getrauet, beim Stadtgerichte darauf anzutragen, daß einer oder der andere der in causa II. gestellten Anträge zur summarischen Verhandlung und Erledigung an die Gerichtscommission verwiesen werde.

Wie es bei der Compensation der Kosten voriger Instanz zu belassen war, so waren bei ergehender Reformatoria auch die Kosten dieser Instanz zu vergleichen.

Auszug aus den Seite 157 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Elissen ca. **Elissen.** 1840.

Die vorliegende Appellation war,

I. ungeachtet der von der Beklagten in dieser Hinsicht vorgebrachten Einwendungen, allerdings als zulässig zu betrachten. Denn nach der Lage, in welcher sich die Sache gegenwärtig in Folge der vom Kläger gegen das Decret des Stadtgerichts vom 1. November 1839 ergriffenen Appellation und des darauf ergangenen Erkenntnisses vom 22. desselben Monats befindet, ist dem Kläger, das summarische Verfahren überhaupt, für die ganze Dauer dieses Prozesses und in allen Beziehungen, aberkannt worden. In einer solchen Entscheidung über die Prozeßart im Ganzen nun aber, deren Folgen sich im Voraus nicht übersehen lassen, und welche namentlich von wesentlichem Einflusse auf die künftige Beweisführung und deren Resultat sein kann, liegt ein Nachtheil, welcher künftig nicht wieder gut gemacht werden kann und der auch keineswegs im Vergleiche mit demjenigen

Nachtheile, welcher durch den mit der Ergreifung von Rechtsmitteln verbundenen Zeitverlust herbeigeführt wird, als unverhältnißmäßig geringe erscheint. Da dieser Grund für die Appellabilität der Sache entscheidend ist, so bedarf es keiner Erörterung über den vom Kläger außerdem noch geltend gemachten Grund, daß vor der Gestattung des summarischen Verfahrens zugleich die Unzulässigkeit von exceptiones altioris indaginis abhängig sei, welcher Punkt für jetzt um so mehr dahingestellt zu lassen war, weil sonst dem künftigen Erkenntnisse in der Sache selbst vorgegriffen werden würde.

216.

C. Lehrnickel zu Niederrad und **C. C. Spengler** zu Frankfurt, wider **F. A. Müller** zu Frankfurt, Beklagten, puncto proxenetici.

Gegenüber einer Klage auf Zahlung eines für eine Ehevermittlung zugesagten Proxeneticums war die Einrede der turpis causa sowie der Einwand, daß die Höhe des Lohnes außer Verhältniß mit den Vermögensverhältnissen des Beklagten stehe, vorgeschützt, und in den beiden ersten Instanzen verworfen worden.

Das Ober-Appellationsgericht bestätigte — auf Oberappellation des Beklagten — diese Verwerfung am 19. December 1859 aus folgenden Gründen: da

1) ein gesetzliches Verbot einer durch Fremde bewirkten Ehevermittlung und einer deßfallsigen Honorarzusage weder in dem gemeinen Rechte, noch in der Frankfurter Gesetzgebung erfindlich, insbesondere in der überdies aus dem Griechischen restituirten und unglossirten

L. 6. Cod. de sponsal. et proxenet. (5. 1.)

so wenig als in dem von dem Ober-Appellationsgerichte bereits in einer früheren Frankfurter Rechtssache Langenberger ca. Müller vom Jahre 1823*) näher gewürdigten, vorliegend nicht einmal von dem Beklagten in Bezug genommenen, auch auf den gegenwärtigen Fall in keiner Weise zutreffenden Mandate vom 15. Septbr. 1733 in

Bayerbach's Sammlung Thl. 3. S. 55

enthalten ist; da auch

2) ein derartiges Vermittlungsgeschäft, wenn man als dessen Gegenstand und Ziel nicht sowohl den dem Gebiete des bürgerlichen

---

*) Siehe S. 163.

Rechts schlechthin angehörigen und auch sonst, wie z. B. in Betreff der Bedingungen oder wegen Festsetzung einer arrha, den auf den Vermögensverkehr bezüglichen Geschäften gleichgestellten vorbereitenden Vertrag des Verlöbnisses, sondern die Eheschließung selbst ansehen will, doch um deßhalb als mit Zweck und Wesen der Ehe unvereinbar und folgeweise auf einer turpitudo beruhend nicht gelten kann, weil durch die vermittelnde Thätigkeit Dritter so wenig für Diejenigen, um deren Ehelichung es sich dabei handelt, als auch für Diejenigen, deren Mitwirkung und Genehmigung zum Eheschluß erforderlich oder üblich ist, der reiflichen Erwägung und selbsteigenen Entschließung Abbruch geschieht, vielmehr allen Betheiligten die im Wesen der Ehe begründete völlige Freiheit des ehelichen Consenses verbleibt, auch vorliegenden Falls geblieben ist; da ferner

3) die Thätigkeit der proxenetae und die Stattnehmigkeit eines deßfallsigen Honoraranspruchs selbst eines nicht ausdrücklich zugesagten, keineswegs in der

L. 3. Dig. de proxeneticis (50, 14)

auf die Geschäfte des Geld= und Waaren=Verkehrs beschränkt, vielmehr auch für die Begründung von rein persönlichen Beziehungen, wie die daselbst erwähnten amicitiae und assessurae anerkannt ist, und nach dem, dem Worte conditionis sowohl überhaupt beiwohnenden, als speciell hier beigelegten Sinne

vergl. Glück, Commentar Bd. 22. S. 445. Not. 92.

in obiger Gesetzesstelle sogar ein ausdrückliches Anerkenntniß der rechtlichen Zulässigkeit und Klagbarkeit der s. g. Anwerbungen und Freiwerbereien gefunden werden kann, auch von der älteren wie neueren Doctrin und Praxis

Vergl. Gl. conditionis und Accursius ad L. 3. cit.
Perez, Praelect. in Cod. V. 1. § 20.
Brunnemann ad Pand. I. 14, 3.
Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 682 sub VI. et VII.
Thibaut, System des Pandect. Rechts, 7. Aufl. § 421. 8. Aufl. § 314.

gefunden worden ist; da sodann

4) der von der Sententia a qua ausdrücklich als hiermit übereinstimmend bezeugten Praxis der Frankfurter Gerichte weder

die mit Nichts unterstützte Behauptung des Beklagten, nur bei jüdischen Ehen und in Folge der Eigenthümlichkeit des Mosaischen Rechts sei bisher der Anspruch auf ein proxeneticum matrimoniale zu rechtlicher Anerkennung gelangt, noch auch die Bezugnahme auf einen abweichenden Rechtsausspruch der französischen Gerichte Eintrag zu thun vermag, und zwar um so weniger, als die Praxis der Frankfurter Gerichte in der sub 1. erwähnten Rechtssache auch schon Seitens des Ober-Appellationsgerichtes Anerkennung und Bekräftigung gefunden hat; da endlich

5) der aus der Höhe des eingeklagten proxenetici und aus dessen Zusage ex dote, sowie aus dem Mißverhältnisse zu deren Größe von dem Beklagten entnommene Einwand, soviel den Punkt betrifft, daß von der lediglich ad onera matrimonii ferenda bestimmten dos eine quota für die Ehevermittelung im Voraus zuzusagen, jedenfalls contra bonas mores streite, allen rechtlichen und factischen Grundes in gleichem Maße entbehrt, im Uebrigen aber, wenn wirklich das zugesagte Honorar außer Verhältniß zu dem eigenen Vermögen des Beklagten oder zu dem Einbringen seiner Frau stände, dies nur zu einer, gar nicht von dem Beklagten beantragten richterlichen Reduction des libellirten Honorars, nicht aber zur gänzlichen Klagabweisung führen könnte; diesem Allem nach denn

6) die Beschwerdeführung des Beklagten als eine grundlose sich darstellt, und wegen angeblicher Zweifelhaftigkeit der Sache auch eine Kostencompensation, wie erbeten worden, nicht gerechtfertigt erscheinen konnte, vielmehr dem Beklagten die durch weitere Verfolgung jener Einrede in voriger und jetziger Instanz erwachsenen Kosten mit Recht zur Last gelegt sind, resp. fallen müssen.

Auszug aus den Seite 161 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Langenberger ca. **Müller** vom Jahre 1823.

Die Entscheidung der ersten Beschwerde des Beklagten, welche derselbe darüber erhoben hat, daß die Klage nicht pure abgewiesen worden sei, hängt von der Frage ab: ob das Versprechen eines proxeneticum, welches nach gemeinem Rechte

l. 3. D. de proxeneticis, verbis: si quis forte conditionis etc.

statthaft ist, nach den Frankfurter Particulargesetzen in einem Falle, wie der vorliegende ist, für unerlaubt und ungültig gehalten werden müsse?

Dies läßt sich jedoch nicht behaupten. Denn was zuvörderst das Mandat gegen Entführungen und Verkuppelungen der Weibspersonen vom 15. September 1733 anlangt, so werden zwar darin scharfe Strafen Denjenigen angedroht, „welche junge Jungfrauen oder Kinder bei sich aufhalten und dazu, daß sie ohne der Ihrigen Wissen und Willen anfänglich in Bekanntschaft und Conversation gerathen, hernach aber verstrickt werden, Gelegenheit gegeben;" allein dieses Gesetz redet zuvörderst nur von Denjenigen, welche die jungen Jungfrauen oder Kinder bei sich aufhalten; sodann läßt es sich auch auf das vorliegende Verhältniß, anderer Gründe nicht zu gedenken, schon um deßwillen nicht anwenden, weil darin von dem Falle ausgegangen wird, daß auf die von dem Dritten verschaffte Gelegenheit eine von den Eltern oder Vormündern gemißbilligte Verlobung oder Verbindung gefolgt sei, wie aus den Worten: „hernach aber verstrickt werden," deutlich erhellet; hier aber die Acten ergeben, daß die Ehe zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau mit Einwilligung ihrer Curatoren geschlossen worden ist.

Was sodann die in dem Erkenntniß des Stadtgerichts in Bezug genommene Stelle der

Reformation Th. III. tit. 1. § 2.

betrifft, so wird zwar daselbst angeordnet, daß die Ehen nicht anders geschlossen werden sollen, als vermittelst vorhergehender ehelicher Werbung an die Eltern, nächstverwandte Freunde und Vormünder. Im vorliegenden Falle ist aber die Verlobung nicht nur mit Einwilligung der Curatoren geschlossen worden; sondern die ganze Thätigkeit des Klägers beschränkte sich auch blos darauf, eine vorläufige Bekanntschaft unter den nachher verlobten Personen zu Stande zu bringen. Auch läßt sich sein Benehmen nicht aus dem Gesichtspunkt, daß die gedachte Verordnung durch eine solche Gelegenheitsmacherei eludirt werde, für unerlaubt ansehen. Denn das Eludiren eines Gesetzes würde wenigstens voraussetzen, daß bei der fraglichen

Handlung eine große und nahe Gefahr der Verletzung desselben eintrete, oder sie mit der Absicht unternommen würde, eine Verletzung des Gesetzes herbeizuführen. Beides ist aber hier nicht der Fall: jenes nicht, weil das bloße Kennenlernen der Person von der wirklichen Verlobung noch fern ist, und aus der ohne Vorwissen der Eltern oder Vormünder stattgehabten ersten Bekanntschaft noch nicht eine nahe Besorgniß eines ohne deren Zustimmung erfolgenden Verlöbnisses entsteht; dieses aber nicht, weil weder aus allen Umständen in der Sache gefolgert werden kann, noch vom Beklagten behauptet wird, daß der Kläger die Absicht gehabt habe, eine heimliche Verlobung ohne Zustimmung der Curatoren herbeizuführen.

Es ist deßhalb die angestellte Klage an sich für statthaft und diese erste Beschwerde für ungegründet zu erachten gewesen.

217.

Ferdinand Heuer, Kläger, gegen **F. A. Schott**, Beklagten, wegen Herausgabe eines Lagerscheins über 15 Ballen Kaffee.

Vorbemerkung.

Unter den Gläubigern des am 9. December 1857 in Concurs gerathenen Gerhard Cöster befanden sich: F. A. Schott und, wegen eines Darlehens von fl. 4000 Ferdinand Heuer. — Schott besaß von Cöster als Faustpfand — zur Sicherstellung für Eingang einer Rimesse von fl. 1931. 45 kr. pro 31. December 1857 und wegen eines Saldoguthabens von fl. 565 einen Lagerschein des hiesigen Hauptsteueramtes vom 14. October 1857 über fünfzehn Ballen Kaffee. Cöster gab durch Schreiben vom 3. December 1857 dem Schott auf, diesen Lagerschein nach Eingang der Rimesse an Heuer auszuliefern, und letzterem davon, daß diese Auslieferung demnächst erfolgen werde, Kenntniß zu geben. Schott sagte dem Heuer mit Schreiben vom 4. December, unter Bezugnahme auf den ihm von Cöster gewordenen Auftrag, die gedachte Auslieferung für den Fall zu, daß die Rimesse eingehen, und er für das Saldoguthaben befriedigt sein werde. Am 5. December cedirte Schott das Saldoguthaben — gegen Empfang dessen Betrages — sowie sein Pfandrecht am Lagerscheine an Heuer, und wiederholte die Zusage der demnächstigen Auslieferung des Lagerscheines.

Da jedoch Schott trotz des Einganges der mehrerwähnten Rimesse nachträglich die Aushändigung des Lagerscheines verweigerte, so erhob dieserhalb, unter Vorlage des Schreibens vom 4. December und der Cessionsacte vom 5. December, Heuer gegen Schott Klage, auf welche folgende Erkenntnisse ergingen:

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 17. October 1858.

In Erwägung, daß

I. was die auf Auslieferung des Lagerscheines vom 14. October 1857 ◇ 76/90 über fünfzehn Ballen Kaffee oder Ersatz dessen Werthes gerichtete Klage betrifft:

A. insoweit dieselbe durch die Cessionsurkunde vom 5. December 1857 begründet werden soll,

a) beide Parteien darüber einverstanden sind, daß Beklagter diesen Lagerschein lediglich als Faustpfand zur Sicherheit seines Guthabens an den seitdem in Concurs gerathenen Gerhard Cöster in Händen hatte,

b) selbstverständlich jedes Recht des Beklagten an diesen Lagerschein durch Befriedigung seiner Ansprüche an Gerhard Cöster erloschen war,

c) das dem Beklagten vor der stattgefundenen Cession bezahlte Saldoguthaben von fl. 565. 28 kr. an Gerhard Cöster unbestrittenermaßen in des letzteren Auftrag und mit dessen Gelde bezahlt wurde, bezüglich der Tratte von fl. 1931. 45 kr. aber der Fall nicht eingetreten ist, in welchem dem Beklagten ein Anspruch an Cöster erwachsen sein würde, daher

d) bei Vornahme der Cession ein Forderungsrecht des Beklagten an Cöster gar nicht bestand, mithin auch die Cession als gegenstandlos und unwirksam erscheint;

L. 13. § 2. Dig. de pign. et hypoth. 20, 1.

B. insoweit diese Klage durch das Versprechen des Beklagten, nach seiner Befriedigung den Lagerschein an den Kläger zu verabfolgen, ihre Begründung erhalten soll,

a) zwar in Betracht kommt, daß der Cöster'sche Massecurator intervenirend mit in den Streit eingetreten ist, um die der Cöster'schen Masse zustehenden Rechte an den ihm von dem Beklagten gegen das Versprechen, ihn deßhalb vertreten zu wollen, bereits ausgelieferten Lagerschein dem Kläger gegenüber geltend zu machen, damit der Letztere verhindert werde, sich durch den Besitz des Lagerscheines für seine ihm an die Gerhard Cöster'sche Masse zustehenden Forderungen nach

Ausbruch des Concurses ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern zu verschaffen; unter diesen Umständen

b) Beklagter durch die ihn an sich nur als Bevollmächtigten des Cöster erscheinen lassenden Urkunden noch nicht zur Herausgabe des fraglichen Lagerscheines für verpflichtet erachtet werden könnte, dabei aber

c) in Berücksichtigung zu ziehen ist, daß Kläger in der Klage behauptet, Gerhard Cöster habe ihm vor dem beklagtischen Versprechen vom 4. December 1857 diesen Lagerschein zur Sicherheit seiner ihm an denselben zustehenden Forderungen in der Weise als Faustpfand überwiesen, daß ihm Beklagter den Lagerschein ausliefern solle, sobald die in dem Schreiben erwähnte Tratte von fl. 1931. 45 kr. pro 31. December 1857 eingegangen sei,

d) falls dies in Wahrheit gegründet wäre, das beklagtische Versprechen zur Auslieferung des Lagerscheines sich lediglich als eine Delegation bezüglich der Cöster'schen Verbindlichkeit zur Faustpfandsbestellung erweisen würde und der Beklagte daher dem Kläger nicht solche Einreden entgegen zu setzen berechtigt erschiene, welche aus dem Rechte des früheren Schuldners herzuleiten wären,

L. 19. Dig. de novation. et delegationibus (46. 1.)

e) dem Kläger daher der Beweis dieser von dem Beklagten verabredeten Behauptung nachzulassen ist, wogegen dem Beklagten außer dem Gegenbeweis auch der Beweis des anderen Sachverhalts, wie er in der Vernehmlassung angegeben wurde, vorbehalten bleiben müßte,

f) durch gegenwärtige Entscheidung aber den etwaigen Rechten der Cöster'schen Masse an den fraglichen Lagerschein nicht präjudicirt werden dürfte,

II. — — — — — — — — — — — — —

aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

1) Kläger hat binnen 14 Tagen zu beweisen,

Gerhard Cöster habe ihm zur Sicherheit seiner ihm an denselben zustehenden Forderungen vor dem beklagtischen Versprechen vom 4. December 1857 den fraglichen Lagerschein in der Weise als Faustpfand überwiesen, daß ihm Beklagter denselben ausliefern solle, sobald die in dem Schreiben vom 4. December 1857 erwähnte Tratte von fl. 1931. 45 kr. pro 31. December eingegangen sei,

2) dem Beklagten bleibt außer dem Gegenbeweise auch der Beweis des in der Vernehmlassung angegebenen anderen Sachverhalts vorbehalten.

3) Soll demnächst sowohl in der Sache selbst als auch der Kosten weiter ergehen, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 15. December 1858.

Auf beiderseitige Appellation.

Das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 17. September 1858 hat der von dem Cöster'schen Massecurator unternommenen Betheiligung an dem vorliegenden Rechtsstreite als Mitbeklagten eine Folge nicht gegeben, vielmehr in seinen Motiven erklärt, daß die Entscheidung den etwaigen Rechten der Cöster'schen Debitmasse nicht präjudicire. Da gegen dieses Erkenntniß neben dem Kläger Heuer nur der Beklagte Schott, nicht auch der Cöster'sche Massecurator Berufung ergriffen hat, so bleibt bei der nachstehenden Erörterung alles dasjenige außer Betracht, was aus dem Rechte der Cöster'schen Debitmasse gegen die Klage vorgebracht ist.

Die Beschwerde des Beklagten, daß die Klage nicht sofort abgewiesen worden, erscheint zwar nicht schon darum als formell unstatthaft, weil sich der Beklagte nach Inhalt seines dem Stadtgerichte überreichten Declarationsgesuchs mit eventueller Appellatiosanzeige bei der Entscheidung des Stadtgerichts beruhigt haben würde, insofern nur der Beweissatz nach seinem Antrage erläutert worden wäre. Denn da diese Erläuterung nicht ertheilt, vielmehr der angezeigten Appellation der Lauf gelassen worden ist, so blieb dem Beklagten völlig freie Hand, seine Beschwerde gegen das unterrichterliche Erkenntniß aufzustellen.

Dagegen scheint die obige Beschwerde des Beklagten materiell verwerflich, indem vielmehr der Beschwerdeführung des Klägers darüber, daß nicht der Beklagte der Klagbitte gemäß verurtheilt worden, Folge zu geben ist.

Aus dem von beiden Theilen in Bezug genommenen, kurzer Hand bei dem Stadtgericht erhobenen und eingesehenen Liquidations=

Acten Heuer ca. Cöster Debitmasse fasc. spec. 24 und 25 geht hervor, daß Cöster aus verschiedenen Rechtsgeschäften, namentlich aus einem Darlehen von fl. 4000 Schuldner des Klägers geworden ist. Der Kläger gibt an, daß Cöster die dem Beklagten in Versatz gegebenen Lagerscheine auch ihm für seine aus Darlehen herrührenden Forderungen als Faustpfand in der Weise überwiesen habe, daß Beklagter, sobald ihm die Tratte, pro 31. December 1857 von fl. 1931. 45 kr., eingegangen sei, die Lagerscheine an ihn, den Kläger, ausliefern solle. Und er gründet seine Klage zunächst darauf, daß Beklagter auf Weisung des Cöster ihm die Zusage gemacht habe, nach seiner eigenen — inzwischen erfolgten — Befriedigung die Lagerscheine ihm auszuliefern. Er klagt sonach aus einer delegatio, vermöge welcher er mit Zustimmung des Gläubigers und des Schuldners der Lagerscheine an die Stelle des ersteren getreten sei, nicht aber wie das Erkenntniß des Stadtgerichts unterstellt — aus einer delegatio, vermöge welcher der Beklagte in die Verpflichtung des Cöster, dem Kläger ein Faustpfand zu bestellen, eingetreten wäre.

Nach Inhalt des Schreibens vom 3. December 1857, worin Cöster dem Beklagten aufgegeben, die Lagerscheine demnächst an den Kläger auszuliefern und diesem von der demnächstigen Auslieferung derselben an ihn Anzeige zu machen, und nach Inhalt des beklagtischen Schreibens vom 4. December 1857, womit Beklagter dem Kläger die Zusage der demnächstigen Auslieferung der Lagerscheine an ihn gemacht hat, muß nun allerdings angenommen werden, daß Kläger von da an der Empfangsberechtigte der Lagerscheine, nicht aber ein einfacher Empfangsbevollmächtigter des Cöster sein sollte. Trat aber der Kläger auf Anordnung der Empfangsberechtigten und mit Zustimmung des Lieferungspflichtigen in die Berechtigung des ersteren ein, so war damit eine delegatio hinsichtlich dieses Forderungs- und Schuldverhältnisses begründet und zwar vor dem am 9. December 1857 gerichtlich erkannten Concurse über das Cöster'sche Vermögen.

Auch insofern der Kläger seinen Anspruch auf den Cessionsact vom 5. December 1857 stützt, muß diesem Anspruch Folge gegeben werden. Denn der Beklagte hat in diesem Act bekannt, daß Kläger ihm die Cöster'sche Schuld von fl. 565. 28 kr. bezahlt habe und hat ihm

dagegen seine deßfallsigen Ansprüche an Cöster und seine Rechte an den Lagerscheinen übertragen, auch wiederholt die Auslieferung der letzteren zugesagt. Zwar will der Beklagte diese Cession als nichtig betrachtet wissen, weil Kläger die Schuld des Cöster mit dessen Gelde und ausdrücklich in dessen Auftrag und Namen bezahlt habe. Allein die angebliche Nichtigkeit der Cession ist hierdurch in keiner Weise begründet und eine condictio indebiti rücksichtlich der übernommenen Verpflichtung zur Auslieferung der Lagerscheine an den Kläger ist der Beklagte geltend zu machen nicht befugt, da er sich seiner eigenen Darstellung zufolge bei Uebernahme dieser Verpflichtung in einem Irrthum über die Person des Zahlers nicht befunden hatte.

Schließlich ist noch hervorzuheben, daß gegen den Anfangspunkt der vom Kläger beanspruchten Schadensvergütung, 1. Januar 1858, beklagtischerseits nichts zu erinnern ist.

Aus diesen Gründen und in Erwägung, daß laut der Acten des Stadtgerichts nach Vereinbarung der Parteien an die Stelle des streitigen Lagerscheines der Erlös aus den 15 Ballen Kaffee treten soll, wird unter Aufhebung des Erkenntnisses des Stadtgerichts vom 17. September 1858 für Recht erkannt:

> Beklagter ist schuldig, innerhalb einer von dem Stadtgericht anzusetzenden Frist dem Kläger den Lagerschein des hiesigen Hauptsteueramts vom 14. October 1857 über ◇ 76/90 15 Ballen Kaffee auszuliefern, beziehungsweise den Ertrag des Erlöses aus diesen 15 Ballen Kaffee zu vergüten, auch demselben allen durch die seit dem 1. Januar 1858 verzögerte Auslieferung entstandenen erweislichen Schaden, vorbehältlich dessen Liquidation, sowie die Prozeßkosten der vorigen Instanz zu erstatten.
>
> Beklagter hat dem Kläger die Hälfte der Kosten dieser Instanz zu ersetzen, im Uebrigen werden die Kosten verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. December 1859.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. December 1858, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

Nachdem schon das Stadtgericht bei der von ihm abgegebenen Entscheidung von etwaigen Rechten der Gerhard Cöster'schen Masse dem Kläger gegenüber, ungeachtet der accessorischen Intervention des Cöster'schen Massecurators, ganz abgesehen und jene ausdrücklich vorbehalten hat, und gegen dieses Erkenntniß vom Massecurator keine Appellation ist ergriffen worden, so war auch in dieser Instanz lediglich darüber zu erkennen, ob und in wie weit die Klage dem Beklagten gegenüber gegründet ist, oder durch Einreden, die dem Beklagten zustehen, elidirt wird.

Geht man hiervon aus, so ist es

1) klar, daß die Frage, ob der Gemeinschuldner Cöster zu einer Zeit, wo er noch dispositionsfähig war, die beiden Lagerscheine, von denen jetzt nur noch einer über 15 Ballen Kaffee in Frage steht, dem Kläger, wie dieser in seiner Klage anführt, als Faustpfand überwiesen habe, und ob eine solche Ueberweisung gültiger Weise habe geschehen können, gar nicht hierher gehört. Denn hat der Beklagte sich gegen den Kläger zur Auslieferung der fraglichen Scheine an ihn verpflichtet, so ist der Rechtsbestand dieser Verpflichtung nicht davon abhängig, welche Rechte Cöster dem Kläger an diesen Scheinen vorher ertheilt hatte, wenngleich allerdings diese Frage wichtig wird, wenn demnächst der Concurscurator die Rechte der Cöster'schen Masse an den Scheinen geltend machen sollte.

Ferner kommt es aus eben diesem Grunde

2) auf die Gültigkeit der am 5. December 1857 zwischen den Parteien stattgehabten Cession an sich gar nicht an. Denn insofern der Beklagte neben seiner Forderung an Cöster von fl. 565. 28 kr. auch unter einer demnächst in Erfüllung gegangenen Suspensivbedingung (dem Eingang der Tratte auf Amsterdam) dem Kläger sein Recht an den beiden Lagerscheinen, nämlich sein Pfandrecht cedirt hat, ist diese Cession für den Kläger, der Cöster'schen Masse gegenüber, zwar von Wichtigkeit. Allein dem Beklagten gegenüber ist sie an sich kein nothwendiges Fundament seiner Klage, wie er denn diese auch nicht hierauf, sondern zunächst nur auf die Urkunde Nro. 2, nämlich auf die darin enthaltene Zusage der Auslieferung der Scheine, gegründet und auf die demnächst erfolgte Cession nur als auf ein adminiculirendes Moment hingewiesen hat.

Prüft man nun die einzelnen vom Beklagten in dieser Instanz aufgestellten Beschwerden, so ist zuvörderst

A. so viel klar, daß die erste und zweite, welche eine sofortige Abweisung der Klage bezielen, völlig unbegründet sind, da die in obigem Maße begründete Klage keinenfalls ohne Weiteres als verwerflich sich darstellt, liquide Einreden aber gegen dieselbe nicht vorgeschützt sind.

Ferner ergibt sich aus dem oben Vorangeschickten,

B. daß alle diejenigen eventuellen Beschwerden als unbegründet zu verwerfen sind, welche dahin gehen, daß nicht dem Kläger oder dem Beklagten in Betreff der oben unter 1 und 2 hervorgehobenen beiden Punkte Beweise auferlegt, beziehungsweise nachgelassen worden seien, mithin

1) die dritte Beschwerde,

daß nicht dem Kläger, vorbehältlich des Gegenbeweises und des Beweises des auf p. 5 bis 7 der Vernehmlassung angegebenen Sachverhalts, der Beweis auferlegt sei,

a) daß der Beklagte von der angeblichen Ueberweisung des fraglichen Lagerscheines von Seiten Cöster's an den Kläger in Kenntniß gesetzt worden und mit Bezug auf diese Ueberweisung dem Kläger die Auslieferung des Scheines zugesagt habe,

oder doch eventualiter

b) der Beweis, wie ihn das Stadtgericht unter Nro. 1 normirt habe;

und ebenso

2) die vierte Beschwerde, insofern sie unter c. und d. die dem Beklagten nachzulassenden Beweise beantragt,

daß die Parteien dahin übereingekommen seien, es solle dem Cessionsdocumente Nro. 3 actor. keine Wirkung und Bedeutung beigelegt werden,

eventualiter

daß die Berichtigung des Saldoguthabens von fl. 565. 28 kr. an den Beklagten von Seiten des Klägers lediglich mit dem ihm zum Ueberbringen übergebenen Gelde Cöster's und aus dessen Auftrag erfolgt sei.

Somit bleiben als alleiniger Gegenstand der abzugebenden Entscheidung nur übrig zunächst

C. der Theil der vierten Beschwerde, durch welchen der Beklagte unter a. und b. verlangt, daß ihm der alternative Beweis nachgelassen werde,

entweder

daß er lediglich auf Grund eines von Cöster ihm ertheilten Auftrags und nicht in der Absicht, eine selbstständige Verpflichtung zu übernehmen, dem Kläger die Auslieferung der Lagerscheine zugesagt habe,

oder

daß der Kläger die Lagerscheine nicht auf Grund eines ihm von Cöster ertheilten Rechts, sondern lediglich in dessen Auftrag bei dem Beklagten habe in Empfang nehmen sollen.

Allein auch insoweit ist diese Beschwerde eine unbegründete.

Dem Beklagten waren, wie unter den Parteien feststeht, die fraglichen Lagerscheine zur Sicherstellung für Forderungen an Cöster als Faustpfand übergeben. Er war also schuldig, dieselben, sowie er wegen seiner Forderungen befriedigt ward, an Cöster zurückzuliefern. Wenn nun Letzterer dem Beklagten am 3. December 1857 schrieb, dieser solle die ihm als Sicherstellung wegen des Eingangs seiner Rimesse auf Amsterdam in Versatz gegebenen Lagerscheine nach Ein-

gang des Wechsels dem Kläger ausliefern und ihm, dem Kläger, darüber — nämlich daß er sie ihm eintretenden Falls ausliefern werde — Anzeige machen, so spricht, besonders wenn man hinzunimmt, daß, wie vom Appellationsgerichte nach Einsicht der Concursacten bezeugt und vom Beklagten in dieser Instanz nicht weiter bestritten ist, der Kläger damals mindestens fl. 4000 an Cöster zu fordern hatte, und dieser im Begriffe stand, seine Insolvenz zu erklären, sehr viel dafür, daß jenes Schreiben keinen anderen Zweck gehabt habe, als, um dem Kläger schon jetzt ein bedingtes Recht auf die Scheine zu geben, den Beklagten zu veranlassen, demselben die eventuelle Auslieferung der Scheine zuzusagen, und daß folglich, da auch der Beklagte sofort am folgenden Tage, nur unter Hinzufügung der weiteren Bedingung, daß er auch wegen seines schon jetzt bestehenden Guthabens an Cöster befriedigt sein werde, dem Kläger unter Bezugnahme auf den ihm von Cöster gewordenen Auftrag, die eventuelle Auslieferung der Scheine zugesagt hat, er eben damit eine selbstständige dahin gehende Verbindlichkeit gegen den Kläger übernommen habe. Denn daß, wie Beklagter behauptet, er die Scheine nur als einfacher Mandatar Cöster's habe ausliefern, Kläger sie nur im Auftrag von Cöster für diesen habe in Empfang nehmen sollen, ist deßhalb sehr unwahrscheinlich, weil, wenn es sich einfach um die Rücklieferung der Scheine an Cöster nach Befriedigung des Beklagten wegen seiner Forderungen gehandelt hätte, nicht abzusehen wäre, warum überhaupt eine dritte Person als Empfänger zwischengeschoben, und besonders, warum die eventuelle Rücklieferung der Scheine an Cöster, zu der Beklagter ohnehin verpflichtet war, von ihm einem Mandatar des Cöster noch besonders sollte zugesagt werden.

Allein trotz dieser Unwahrscheinlichkeit des vom Beklagten behaupteten Sachverhalts würde gleichwohl, wenn nur die bisher in Betracht gezogenen Urkunden vorlägen, dem Beklagten der Beweis des von ihm Behaupteten nicht abgeschnitten werden können.

Dagegen wird dieser Gegenbeweis allerdings ausgeschlossen durch die vom Beklagten am 5. December 1857 ausgestellte Cessionsacte, indem laut dieser Acte, an deren Schlusse ausdrücklich auf das obige, der Acte angeheftete Schreiben Cöster's vom 3. December Bezug genommen wird und die dafür den Beweis liefert, wie der Beklagte

dasselbe überhaupt aufgefaßt hat, dieser mit seinem Guthaben an Cöster für den, später eingetretenen, Fall des Eingangs der Rimesse auf Amsterdam auch sein Recht an den Lagerscheinen dem Kläger cedirt und versprochen hat, ihm dieselben eintretenden Falls nach Inhalt des obigen Schreibens von Cöster auszuliefern. Denn hiermit ist die Behauptung des Beklagten, daß er und der Kläger nur als Mandatare von Cöster gehandelt hätten, völlig unvereinbar. Und zwar kommt, da der Inhalt der Cessionsacte hier nur zur Interpretation der beiden anderen Urkunden und der Art, wie der Beklagte das Schreiben Cöster's aufgefaßt hat, benutzt wird, auf die übrigens völlig unzutreffenden Gründe, aus welchen der Beklagte die Cession als nichtig glaubt anfechten zu können, gar nichts an.

Liegt nun aber nach der bisherigen Ausführung, wie das Appellationsgericht mit Recht angenommen hat, eine Delegation des Beklagten in Beziehung auf die Auslieferung der beiden Lagerscheine als völlig erwiesen vor, so erscheint die auf diese vom Beklagten übernommene Verbindlichkeit gegründete Klage als durchaus liquide.

Nicht minder unbegründet ist aber auch

D. die noch übrige fünfte Beschwerde, welche die vom Appellationsgerichte ausgesprochene condemnatio zum Gegenstande hat.

Das Appellationsgericht hat nämlich den Beklagten nicht nur zur Auslieferung des streitigen Lagerscheines, beziehungsweise zur Vergütung des Erlöses aus den durante lite verkauften 15 Ballen Kaffee, über welche er lautet, sondern auch schuldig erkannt, dem Kläger allen durch die seit dem 1. Januar 1858 verzögerte Auslieferung erweislich entstandenen Schaden, salva liquidatione, zu erstatten.

Nun verlangt der Beklagte, daß diese Schadensersatzpflicht auf den Zeitraum bis zur erfolgten Vereinbarung der Parteien über den Verkauf des Kaffees, eventualiter bis zum Tage dieses Verkaufs beschränkt werde, weil er von da ab nicht mehr in mora restituendi gewesen sei. Allein dies ist ganz grundlos. Der, ausdrücklich unter Vorbehalt aller Rechte des Klägers und mit der Bestimmung, daß der Erlös an die Stelle der Waare treten solle, nur um größeren Nachtheil abzuwenden geschehene Verkauf kann die Folgen der mora des Beklagten in keiner Weise beschränken, da diese vielmehr fort=

dauert, so lange der Beklagte sich der Auslieferung des Lagerscheines widerrechtlicher Weise weigert.

Mußte somit das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt werden, so war auch nicht nur der Antrag auf Verurtheilung des Klägers in die Kosten voriger Instanz zu verwerfen, sondern der Beklagte auch schuldig zu erkennen, dem Kläger die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu erstatten.

218.

A. C. Althenn, verehelicht gewesene Ewald, geb. Kahl, zu Massenheim, Kinder, Kläger gegen **Eleonore Kahl,** geb. Zickwolff, Beklagte.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 18. September 1857.

1) — — — — — — — — — — — —

2) Die Kläger verlangen von der Beklagten die Herausgabe des gesammten Nachlasses ihres am 6. Februar 1801 zu Darmstadt geborenen und am 3. Mai 1855 zu Paris kinderlos verstorbenen Ehemannes, des früheren nordamerikanischen Consuls zu Bordeaux, Johann Franz Friedrich Kahl, in welchen dieselbe vom Stadtgerichte II. dahier bereits auf Grund des holographen Testamentes desselben d. d. Bordeaux, den 14. Juli 1851 unter dem 20. August 1856 als Testamenterbin eingesetzt ist, unter Anfechtung dieses Testamentes als nächste Intestaterben des Erblassers.

3) Diesem Verlangen setzt die Beklagte die Einrede der Rechtskraft aus den bei dem Stadtgerichte II. gepflogenen Nachlaßverhandlungen mit Unrecht entgegen, da die Kläger, bezüglich deren Mutter, Frau Augustine Catharine Althenn, geb. Kahl, am 5. Juni 1856 dort die Betretung des Rechtsweges gegen die ihr verweigerte Immission in den Nachlaß ordnungsmäßig angezeigt hat und es demnach gegen die der Beklagten am 20. August 1856 ertheilte Immission in denselben der Appellation nicht bedurfte.

4) Beklagte verlangt aber auch noch aus dem weiteren Grunde sofortige Verwerfung der Klage, weil sie ja selbst dann, wenn sie auch nicht Testamentserbin ihres Mannes sein sollte, doch dessen ganzen Nachlaß als überlebender Ehegatte für den hier vorliegenden Fall kinderloser Ehe, ererbt haben, folglich zur Verweigerung von

dessen Herausgabe an die Kläger befugt sein würde, und wenn sie hierfür in der Vernehmlassung, die Anwendbarkeit des hiesigen Erbrechtes auf den vorliegenden Fall unterstellend, gegen die Klage nur den Mangel der Behauptung des Vorhandenseins von eingebrachtem Immobiliarvermögen des Erblassers im Nachlasse geltend macht, so führt sie doch in der Duplik diesen Einwand in so genügender Weise weiter aus, daß auf denselben in seinem ganzen Umfange Rücksicht genommen werden muß.

5) Für dessen Beurtheilung kommt es aber vor Allem auf die Frage an: „Nach welchen Gesetzen ist der Erblasser überhaupt zu beerben?"

6) Dieser ist, da er aus seiner ursprünglichen Heimath Darmstadt seit langen Jahren abwesend und auch in Nordamerika, wo er später lange wohnte, nach der Beklagten eigenen Behauptungen weder Bürgerrecht, noch auch über 1848 hinaus Domicil, letzteres vielmehr von da an bis zu seinem Tode nur in Frankreich hatte, nur nach den französischen Gesetzen zu beerben; denn ganz unzweifelhaft war dessen letztes, viele Jahre dauerndes Domicil, wie dies auch die Beklagte selbst überall unumwunden zugibt, Frankreich bis zu seinem Tode am 3. Mai 1855 zu Paris. Aus den von den Klägern selbst angezogenen Nachlaßacten ergibt sich, daß derselbe schon seit October 1848 seinen früheren Wohnsitz in Amerika, Pittsburg, verlassen hatte, und die Parteien stimmen darin überein, daß er seitdem in Frankreich gelebt hat, daß er Jahre lang nordamerikanischer Consul zu Bordeaux war, und auch nachher noch bis zu seinem am 3. Mai 1855 zu Paris erfolgten Tode in Frankreich gewohnt hat. Der Kläger bloßer Widerspruch hiergegen ohne Beifügung der Angabe eines anderen Sachverhaltes kann, als gesetzlich vollkommen ungenügend und einen anderen Wohnort nirgends angebend, keine Wirkung äußern.

7) Wenn sonach das französische Recht hier zu entscheiden hat, so beruft aber dieses für den Fall kinderloser Ehe nach

art. 767 des code civil und

Zachariä, Handb. der französ. Civilr. IV. § 607

entschieden nur alsdann den überlebenden, nicht geschiedenen Ehegatten, wenn es in der That an jedem anderen Erben mangelt,

welcher Fall hier augenscheinlich nicht vorliegt, weßhalb daher auch der Beklagten Antrag auf sofortige Verwerfung der Klage auf den Grund ihres eventuellen Intestaterbrechts unzulässig erscheint.

8) Der von der Beklagten den Klägern gemachte Einwand macht keine Verwerfung der Klage, sondern nur Ergänzung derselben bezweckende Beweisauflagen nothwendig. Solche sind aber in der That erforderlich; denn in den von den Klägern selbst zur Begründung ihres behaupteten Intestaterbrechts beigebrachten Urkunden, namentlich aus dem Kirchenbuchauszuge vom 6. Februar 1856 erscheint einestheils unter 5 ein ihnen vorgehender Bruder des Erblassers Jacob Carl Kahl nur als „angeblich in den 1840er Jahren in Griechenland verstorben," kann mithin, wenigstens zur Zeit, noch nicht als todt, geschweige denn gar als kinderlos verstorben, angesehen werden, während doch auch seine etwaigen Kinder den Klägern noch vorgehen würden; und anderntheils kommt am Schlusse der Urkunde eine noch jetzt lebende, wenn auch mit dem Zusatze „wie es scheint adoptirte" Tochter eines anderen Bruders des Erblassers, des Johann Wilhelm Kahl zu Darmstadt, Marie Louise Kahl vor, welche allerdings ebenfalls die Kläger ausschließen könnte.

9) Unerheblich und für die Beklagte völlig unpräjudicirlich wäre es, wenn wirklich auch der Erblasser bei der väterlichen Erbtheilung zu Darmstadt nach der Kläger Behauptung den Tod seines Bruders Jacob Carl Kahl bereits anerkannt und demgemäß die Theilung vollzogen hätte, da solche Anerkennung jedenfalls weder den Klägern gegenüber geschehen wäre, noch auch an sich die wirkliche Wahrheit des Anerkannten, um welche es sich hier doch allein handelt, darzuthun vermöchte.

10) Kläger behaupten auch mit Unrecht, daß die schon erwähnte Marie Louise Kahl mit Bestimmtheit als bloße Adoptivtochter in der Urkunde bezeichnet sei; denn diese läßt jedenfalls auch die Auffassung der Beklagten zu, daß umgekehrt nur die Bezeichnung „Tochter" als gewiß und dagegen die Eigenschaft als bloße Adoptivtochter als zweifelhaft und ungewiß erscheint. Kläger müssen daher beweisen, daß dieselbe nicht wirklich eine leibliche eheliche Tochter von Johann Wilhelm Kahl ist, da nach Art. 350 des code civil der Adoptirte kein Erbrecht gegen die Verwandten des Adoptanten hat.

11) Da Kläger indessen mit Bestimmtheit den längst schon in Griechenland erfolgten Tod des Jacob Carl Kahl und mit den Worten: „weitere Kinder oder Enkel“ auch dessen Kinderlosigkeit, sowie ferner behaupten, daß Marie Louise Kahl nur die gar nicht erbfähige Tochter eines nicht verwandten schwäbischen Offiziers sei, und unter diesen Voraussetzungen auch genügend zur Sache legitimirt erscheinen, so müssen sie zu diesem Beweise zugelassen werden;

12) wogegen ihre weitere Behauptung, es sei schon ein Todesschein oder eine gerichtliche Todeserklärung des Jacob Carl Kahl vorhanden, mit der Behauptung des Todes an sich zusammenfällt, und nicht besonders zum Beweise verstellt zu werden braucht.

13) Der Erblasser war, als damals in Frankreich wohnend, zweifellos befugt, und zwar trotz seiner damaligen Eigenschaft als nordamerikanischer Consul, die er zur Zeit seines Todes nicht einmal mehr besaß, nach französischem Rechte zu testiren; und sein Testament vom 14. Juli 1851 entspricht auch, obwohl der Unterschrift, die später erst bei des Erblassers Uebertritt zur katholischen Confession angenommenen Zunamen August Maria fehlen, den Vorschriften des Art. 970 des code civil für holographe Testamente vollständig, sobald nur, was aber die Kläger entschieden in Abrede stellen, der Erblasser selbst dieses Testament ganz und vollständig geschrieben und unterschrieben hat.

14) Die demselben beigefügte Beglaubigung gibt hierfür aber, wie wahrscheinlich sie solches auch bereits macht, noch keinen rechtsgenügenden Beweis.

15) Der Beweis der Aechtheit läge zwar, da ein solches Testament nach französischem Rechte nur als Privaturkunde gilt und gelten kann, und in Fällen, wo die Testamentsanfechtung wirklich schon vor der Besitzeinweisung des Testamentserben erfolgt war, auch nach französischem Rechte der Testamentserbe zu beweisen hat,

Zachariä a. a. O. Bd. IV. § 669.

an sich auch hier der Testamentserbin, mithin der Beklagten, ob; allein in dem vorliegenden Falle geschah die wirkliche, nach dem hiesigen Prozeßgesetze nur beim Stadtgericht I. anzubringende Testamentsanfechtung erst am 9. December 1856, mithin zu einer Zeit,

wo längst bereits die durch Verfügung der zuständigen Behörde am 20. August 1856 erkannte Besitzeinweisung der Beklagten erfolgt war, welche Kläger, wenn sie deren Nachtheile von sich abwenden wollten, jedenfalls durch Erwirkung eines Einhalts bei der für streitige Fälle allein zuständigen Abtheilung I. des Stadtgerichts hätten verhindert werden müssen. Durch die erfolgte Einweisung der Beklagten ist jetzt die Besitzfrage bereits erledigt, Jene Besitzerin geworden, und die Kläger auf die Geltendmachung des petitorii beschränkt, mithin nunmehr auch gezwungen, die ihrer Testamentsanfechtung zu Grunde gelegte Behauptung der Unächtheit des Testamentes ihrerseits zu beweisen.

16) Auch würden die Kläger, welche in der Klage mit genügender Bestimmtheit behauptet haben, das Testament sei gar nicht in Frankreich gemacht, auch durch diesen Beweis das Testament entkräften können; denn alsdann wäre dessen formelle Rechtsbeständigkeit ermangelnd, da nur in Frankreich, folglich nicht etwa in einem anderen, holographe Testamente auch zulassenden, Lande solches nach der Beklagten bestimmten Behauptung errichtet ward. Dagegen vermag die klägerische eventuelle Behauptung, das Testament sei vom Erblasser, selbst wenn er es an sich geschrieben hätte, nicht in Bordeaux und nicht am 14. Juli 1851 geschrieben, nicht zum Beweise verstellt zu werden; denn diese Umstände allein vermöchten das Testament keineswegs ungültig zu machen, da einerseits selbst bei völlig fehlender Ortsangabe der Art. 970 des code civil gewahrt erscheine,

> s. Merlin, repertoire unter testament. sect. II. § 1. Art. 6. XIV.
>
> Zachariä a. a. O. § 668 bei Note 9.

und da andererseits gegen ein einmal als ächt unterstelltes Testament wegen unrichtiger Zeitangabe die Testamentsanfechtung des Intestaterben nur dann zulässig ist, wenn diese Unrichtigkeit, wie doch hier keineswegs der Fall ist, aus dem Testamente selbst sich ergibt;

> s. Merlin a. a. O. X.

und das Datum des Testamentes selbst so lange für richtig gelten muß, bis letzteres als gar nicht vom Erblasser geschrieben nachgewiesen wird;

> Merlin a. a. O. § 4. Art. 7 I. und II.

Aus allen diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — —

1) Kläger haben binnen 14 Tagen zu beweisen:

a. daß des Erblassers Bruder Jacob Carl Kahl bereits vor dem Erblasser kinderlos, oder, wenn er eheliche Nachkommen wirklich hinterlassen, daß auch diese bereits vor dem Erblasser verstorben seien;

b. daß die Marie Louise Kahl nicht eine wirkliche eheliche Tochter von Johann Wilhelm Kahl sei;

c. daß der Erblasser das im Originale bei den stadtgerichtlichen Nachlaßacten 1856 befindliche Testament vom 14. Juli 1851 nicht eigenhändig vollständig geschrieben, datirt und unterschrieben habe, oder daß solches nicht in Frankreich geschehen sei.

2) Erbringen Kläger die Beweise unter 1 a. und b. und einen der Beweise unter c., so hat ihnen Beklagte in anzuberaumender Frist den Nachlaß ihres Mannes sammt den davon gezogenen Früchten herauszugeben und die Streitkosten zu ersetzen.

3) Für den entgegengesetzten Fall sind Kläger unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe verwiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 15. März 1858.

Auf beiderseitige Appellation.

I. Was die Appellation der Kläger betrifft, so erscheinen

A. die drei ersten Beschwerden begründet, da die Kläger der in der Eigenschaft als Testamentserbin sich gerirenden Beklagten gegenüber nur ihr eigenes Intestaterbrecht, nicht aber zugleich darzuthun haben, daß keine anderen gleich nahen oder näheren Verwandten vorhanden seien,

Thibaut, Pandekten. § 740.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. Bd. V. § 191.

Glück, Commentar. Bd. 7. § 563. S. 510 u. flg.

Sintenis, Civilr. Bd. 3. Seite 554.

Linde, Abhandl. in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. 1. S. 160 u. flg.

Seuffert, Archiv. Bd. I. Nr. 258.

App.-Ger.-Erkenntniß vom 28. Febr. 1851 in S. Jacobi gegen Wilhelm.

jener Nachweis aber durch die Urkunden in den Acten des Stadtgerichts II. den Nachlaß des Johann Friedr. Franz (August Maria) Kahl betr. insoweit vollständig erbracht worden, als auch von der Beklagten nirgendwo widersprochen und daher stillschweigend eingeräumt ist, daß die Mutter der Kläger, Augustine Catharine Althenn, vorher verehelicht gewesene Ewald, geborene Kahl, welche ausweislich der vorher angezogenen Nachlaßacten und Urkunden als alleinige Intestaterbin des verstorbenen Kahl aufgetreten, nach der klägerischen Angabe in der Zwischenzeit verstorben und von den Klägern beerbt worden sei.

B. In Bezug auf die vierte Beschwerde kommt das Nachfolgende in Betracht:

1) das von dem verstorbenen Kahl errichtete Testament, d. d. Bordeaux, den 14. Juli 1851, ist rücksichtlich seiner Gültigkeit nach den Gesetzen des Orts der Errichtung,

Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatr. S. 140 u. flg.

Foelix, traité du droit international. P. 128. 154.

v. Wächter, Abhandlungen im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 25. S. 382 u. flg.

mithin nach französischem Rechte zu beurtheilen.

2) Zufolge des Art. 790 des code civil ist ein holographisches Testament gültig, wenn dasselbe von der Hand des Testators vollständig geschrieben, datirt und unterschrieben ist, was aber von den Klägern im vorliegenden Fall geleugnet wird.

3) Was nun die Aechtheit des fraglichen Testaments anbelangt, so hat das Stadtgericht unter Bezugnahme auf

Zachariä, Handbuch des französ. Civilr. Bd. 4. § 669 (5. Aufl.),

den Klägern den Beweis der Unächtheit des Testaments deßhalb auferlegt, weil die Beklagte bereits in den Besitz des Nachlasses eingesetzt worden sei.

4) Obgleich, wie vorstehend unter 1. bemerkt worden, die Gültigkeit des vorliegenden Testaments nach französischem Recht zu beurtheilen ist, so kann dieses doch nicht rücksichtlich des Beweises der Aechtheit maßgebend sein, denn es handelt sich hier von der Beweisfähigkeit einer Privaturkunde, welche dem Prozeßrechte der hiesigen Gerichte, wo der betreffende Rechtsstreit anhängig ist, unterliegt. Da nun die Beklagte aus dieser nach ihrer Angabe von ihrem verstorbenen Ehemanne ausgestellten unbeglaubigten Urkunde den Klägern gegenüber ihr Erbrecht herleitet, so hat sie bei dem Widerspruch derselben in Gemäßheit der hier bestehenden processualischen Vorschriften die Aechtheit der fraglichen Urkunde zu beweisen.

II. Die Appellation der Beklagten und

A. die erste Beschwerde anlangend, so stellt diese sich als unbegründet heraus, da es einer Appellation von Seiten der Kläger gegen die durch das Dekret des Stadtgerichts vom 20. August 1856 verfügte Immission der Beklagten nicht bedurfte, nachdem von der Erblasserin der Kläger schon in der Eingabe vom 5. Juni 1856 erklärt worden war, wegen der ihr verweigerten Immission den Rechtsweg betreten zu wollen und überdieß die Immission der Beklagten dem petitorischen Anspruch der Kläger nicht präjudiciren kann.

B. Die zweite Beschwerde muß ebenfalls und schon deßhalb verworfen werden, weil der Ehemann der Beklagten weder dahier die Ehe mit derselben eingegangen, noch dahier domicilirt gewesen, noch dahier verstorben ist, mithin das hiesige Recht für die ehelichen Vermögens- und Erbrechte der Beklagten nicht maßgebend sein kann.

C. In Ansehung der eventuellen dritten Beschwerde ist zu berücksichtigen, daß

1) der Verstorbene früher in Pittsburg, im nordamerikanischen Freistaat Pensylvanien, gewohnt und sich mit der Beklagten verehelicht hat. Hiernach würden die ehelichen Vermögensrechte der Beklagten dem dortigen Gesetze unterliegen, da diese Rechte nach den gesetzlichen Bestimmungen des Domicils, welches die Eheleute zur Zeit der Eingehung der Ehe hatten, zu bemessen sind.

Schäffner, a. a. O. S. 135 u. flg.
v. Wächter, a. a. O. S. 47 u. flg.
Seuffert, a. a. O. Bd. 1. Nr. 152; Bd. 10. Nr. 221.

2) Sollten daher, was von der Beklagten zu beweisen ist, die in Pittsburg geltenden Rechte nach ihrer eventuellen Behauptung ihr, als überlebenden Wittwe, die Hälfte des Nachlasses ihres ohne Ascendenten und Descendenten verstorbenen Ehemannes zusprechen, so würden die Kläger in gleichem Maße mit ihrer Klage abzuweisen sein, während es auf den von der Beklagten weiter eventuell behaupteten Umstand, daß der Verstorbene zur Zeit seines Todes in Frankreich domicilirt gewesen sei, nicht ankommen kann, da der alleinige Wechsel des Domicils eine Abänderung der bereits früher begründeten Vermögensrechte zu bewirken nicht genügt haben würde.

Aus den vorstehenden Gründen wird unter Abänderung des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 18. September 1857 für Recht erkannt:

A. Die Activlegitimation ist von den Klägern vollständig erbracht.

B. Es haben binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist vorbehaltlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

a) Beklagte

entweder, daß ihr verstorbener Ehemann das Testament, [3] act. den Kahl'schen Nachlaß betreffend, eigenhändig geschrieben, datirt und unterschrieben habe,

oder, daß nach dem zu Pittsburg, im nordamerikanischen Freistaat Pensylvanien, gültigen Rechte die überlebende Wittwe eines dort domicilirt gewesenen, ohne Ascendenten und Descendenten Verstorbenen die Hälfte oder welchen geringeren Theil dessen hinterlassenen Vermögens anzusprechen habe,

b) die Kläger,

daß der verstorbene Kahl das vorhererwähnte Testament an einem außerhalb Frankreich gelegenen Ort geschrieben oder datirt oder unterschrieben habe.

C. Je nach der Erbringung der vorgedachten Beweise soll in der Hauptsache, sowie wegen der Kosten erster Instanz weiter erkannt werden, was Rechtens.

D. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. December 1859.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der Freien Stadt Frankfurt vom 15. März 1858 dahin zu bestätigen und abzuändern sei, daß

A. in Betreff der Aktiv-Legitimation der Kläger, die Beklagte den innerhalb einer vom Stadtgericht zu bestimmenden Frist anzutretenden Beweis, den Klägern Gegenbeweis vorbehaltlich, zu führen habe:

a) daß des Erblassers, weiland Consuls Johann Friedrich Franz Kahl Bruder, Jakob Carl Kahl, oder eheliche Nachkommenschaft desselben zur Zeit des Absterbens des ersteren am Leben gewesen,

b) daß die am Schlusse von Nr. [5] der Stadtgerichts-Acten erwähnte Marie Louise Kahl eine leibliche eheliche Tochter des verstorbenen Johann Wilhelm Kahl, Bruders des Erblassers, sei,

und die Beklagte ferner

B. innerhalb derselben Frist zu beweisen schuldig sei,

daß ihr verstorbener Ehemann das bei den Acten des Stadtgerichts II. unter Nr. [3] befindliche Testament eigenhändig geschrieben, datirt und unterschrieben habe,

wogegen den Klägern der Gegenbeweis im Allgemeinen, und außerdem — hier der Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — der Beweis reservirt wird:

daß der Erblasser das vorerwähnte Testament an einem außerhalb Frankreichs gelegenen Orte geschrieben oder datirt oder unterschrieben habe;

C. der der Beklagten vom Appellationsgerichte über die nach Pittsburger Recht einer dortigen Wittwe bei unbeerbter Ehe in den Nachlaß ihres Ehemannes zustehenden Successions-

rechte verstattete Beweis für jetzt in Wegfall zu bringen, und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Ansprüche der Beklagten aus den ehelichen Güterverhältnissen, auf Grund des französischen Rechts an die erste Instanz zurückzuverweisen sei.

Die Kosten der ersten Instanz bleiben ausgesetzt, diejenigen der vorigen und der gegenwärtigen werden compensirt.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde der Beklagten betrifft die Einrede der zum Nachtheil der Kläger erfolgten rechtskräftigen Erledigung der streitigen Angelegenheit, insofern die Mutter und Erblasserin der Kläger, Frau Althenn, gegen das Decret des Stadtgerichts II. vom 20. August 1856, durch welches die Beklagte in den Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes, des weiland Consuls Kahl, immittirt worden sei, kein Rechtsmittel ergriffen habe, so daß die Frau Althenn, und nunmehr die in deren Stelle getretenen Kläger, das Erbrecht der Beklagten überhaupt nicht mehr anfechten könnten.

Jene Einrede ist aus dem von den früheren Richtern angeführten Grunde, daß eine verfügte Immission den später im petitorischen Verfahren geltend gemachten Erbschaftsansprüchen anderer Personen niemals präjudicire, mit Recht verworfen worden,

vergl. Reformation. VI. 2. § 2.
Gesetz über die gerichtlichen Immissionen vom 10. Januar 1843.
Bender, Priv.=Recht. S. 605 flg. bes. 612 sub 8.
Souchay, Anmerkungen. II. S. 1061,

und die Verfolgung dieser Einrede bis in die höchste Instanz Seitens der Beklagten ist um so mehr zu mißbilligen, da die letztere ausweislich der Acten des Stadtgerichts II. ausdrücklich vor demselben die Verpflichtung übernommen hat,

„Jedem, welcher künftig das Testament anfechten oder Erbansprüche erheben — — — würde, zu Recht stehen zu wollen,"

und zwar dies, nachdem die Erblasserin der Kläger kurz zuvor erklärt hatte,

„den Rechtsweg betreten zu wollen und sich vorzubehalten, dies bei dem Stadtgericht I. zu thun."

So gewiß es ferner auch ist, daß die Frau Althenn gegen das, auf Anordnung des Stadtgerichts II. ihr eigens insinuirte Immissionsdecret vom 20. August 1856 ein Rechtsmittel hätte ergreifen können,

Gesetz über das Civil-Prozeß-Verfahren vom 7. November 1848, § 7.

so unterliegt es doch nach dem Obigen keinem Zweifel, daß sie durch die Unterlassung eines solchen Schrittes sich nur in die Lage brachte, die Immission und den daraus sich ergebenden Besitzstand der Beklagten ferner nicht anfechten zu können, ohne jedoch sich des, wie bemerkt, ihr zuständigen Rechtes zu begeben, im Petitorium gegen dieselbe aufzutreten.

II. Die zweite Beschwerde der Beklagten ist dahin gerichtet, daß nicht das Frankfurter Recht auf den vorliegenden Fall angewendet und nicht auf Grund desselben, sowie mit Hinsicht auf den Mangel eingebrachten Mobiliarvermögens des verstorbenen Kahl, die Kläger pure abgewiesen worden seien. — Die früheren Richter haben den Versuch der Beklagten, die Statutarrechte einer Frankfurter Wittwe in Anspruch zu nehmen, für grundlos erklärt, und dem war beizutreten, da es auf das Frankfurter Recht in der vorliegenden Sache ersichtlich in keinem Falle ankommen kann, indem der verstorbene Kahl und die zwischen ihm und der Beklagten geführte Ehe niemals unter der Herrschaft der Frankfurter Gesetze gestanden haben.

Was die Beklagte hiegegen in jetziger Instanz vorgebracht hat, nämlich daß sie schon zur Zeit ihrer am 17. April 1832 zu Pittsburg vollzogenen Verehelichung mit dem verstorbenen Kahl Frankfurter Bürgerin gewesen sei, und dies Bürgerrecht seit jener Zeit beibehalten habe; daß die Leiche ihres verstorbenen Ehemannes nach Frankfurt geschafft und daselbst beerdigt sei; daß die Verlassenschaft sich dermalen in Frankfurt befinde; endlich daß bei der hohen Zweifelhaftigkeit der Frage, welches Recht zur Anwendung komme, man sich für das einheimische Recht zu entscheiden habe; alles dies ist so offenbar unerheblich für den zur Entscheidung stehenden Punkt, daß es eines Eingehens darauf überhaupt nicht bedarf.

III. Die dritte Beschwerde der Beklagten betrifft den Punkt

wegen der Legitimation der Kläger. — Die Beklagte hatte freilich nicht bestritten, daß durch die Kläger deren Mutter, die verstorbene Frau Althenn, vollständig repräsentirt werde, indessen geleugnet, daß diese die nächstberechtigte Verwandtin des Erblassers gewesen sei.

Für die Beurtheilung dieser Beschwerde kam es zuvörderst darauf an, nach welchem Rechte die Intestatsuccession in den Nachlaß des verstorbenen Kahl, falls es auf dieselbe ankommen sollte, zu ordnen sein würde und wie dasselbe disponire.

Anlangend den ersten dieser Punkte, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß, wie auch schon von den früheren Richtern angenommen worden ist, das französische Recht zur Anwendung komme. Es steht nämlich im Rechte fest, und ist insbesondere auch in Frankfurter Sachen von dem Ober-Appellationsgerichte wiederholt anerkannt worden, daß es für die Vererbung des Nachlasses eines Verstorbenen nur auf die Gesetze desjenigen Landes ankomme, in welchem der Erblasser zur Zeit seines Ablebens seinen Wohnsitz gehabt hat, ohne daß der etwa abweichende staatsbürgerliche Nexus oder der Umstand, wenn der Erblasser an einem anderen Orte heimathsberechtigt gewesen sein sollte, einen Unterschied machen konnte.

Frankf. Fiscus ca. Hümmer, April 1848.*)
Großherz. Hess. Ober-Steuerdirection ca. Henriette Wolff Erben, Februar 1857.**)

Nun hat aber der verstorbene Kahl, nachdem er bis zum October 1848 zu Pittsburg in Pensylvanien gelebt hatte, um jene Zeit seinen Wohnsitz nach Bordeaux verlegt, wo er bis zum April 1854 das nordamerikanische Consulat verwaltet hat. Er hat dann noch eine kurze Zeit sein Domicil in Bordeaux behalten und dasselbe sodann nach Paris verlegt, wo es bis an seinen Tod fortgedauert hat.

Was ferner zweitens den materiellen Inhalt der französischen Intestat-Erbfolgeordnung betrifft, so weit es hier auf denselben ankommt, so ergibt sich das Erforderliche aus den Art. 733, 750, 755. Hiernach würden, bei dem unbestrittenen Nichtvorhandensein von

---

*) Siehe S. 200.

**) Siehe Bd. III. S. 112.

Kindern und Ascendenten des verstorbenen Kahl, zunächst dessen Geschwister und deren selbst entfernteren Descendenten, mit Ausschluß aller anderen Seitenverwandten, succediren. Gesetzt also, der in den Acten genannte, im Jahre 1797 geborene Bruder des Erblassers, Jacob Carl Kahl, oder eheliche Descendenten desselben hätten den Verstorbenen überlebt, oder die Maria Louise Kahl, verehelichte Hochstätter, wäre eine leibliche eheliche Tochter des anderen Bruders des Erblassers, Jacob Wilhelm Kahl, so würden durch jeden derselben alle anderen Collateralen des Erblassers, mithin auch die Frau Althenn, als dessen Vaterschwester, ausgeschlossen sein. Sollte aber Jacob Carl Kahl ohne Hinterlassung legitimer Descendenten vor dem Erblasser verstorben und die Maria Louise Kahl nur eine adoptirte Tochter des Johann Wilhelm Kahl (als welche sie nach dem Art. 350 des code civil gar kein Erbrecht an den Nachlaß der Verwandten ihres Adoptiv-Vaters geltend zu machen hätte), so würde die Erblasserin der Kläger, Frau Althenn, als nächste und alleinige Intestaterbin des verstorbenen Kahl nach demjenigen, was unter den Parteien verhandelt ist, anzusehen sein. Denn, wenn freilich nach dem Art. 733 unter den hier in Betracht kommenden Verwandtschaftsverhältnissen, beim Nichtvorhandensein von Geschwistern oder erbfähigen Geschwister-Descendenten, der Nachlaß zur Hälfte den Verwandten der väterlichen, zur anderen Hälfte denjenigen der mütterlichen Linie zufallen würde, ohne daß eine Succession der Linien eher eintrete, als bis in der resp. anderen Linie keine Verwandten bis zum 12. Grade (römischer Computation) einschließlich mehr vorhanden wären, so kommt es doch hier auf diese Bestimmung deßhalb nicht an, weil die Beklagte das Vorhandensein mütterlicher Collateralen des Erblassers nicht behauptet hat, und die in den Stadtgerichtsacten enthaltenen Angaben über Nachkommenschaft, welche die Mutterschwester des Verstorbenen, Anna Margaretha Müller, angeblich verehelichte Pfarrerin Knöß, hinterlassen haben soll, zu unbestimmt sind, als daß man annehmen könnte, es lasse sich daraus das Ueberlebtsein des Erblassers von erbberechtigten Verwandten der mütterlichen Linie ableiten.

Es handelt sich demnach nur um den vorhin genannten Jacob Carl Kahl, eventualiter dessen Descendenz, und um die Ver-

wandtschaft der Maria Louise Kahl. In Betreff derselben hatte die Beklagte verlangt, daß die Kläger sich über das Ableben, sowie über das Nichtvorhandensein von Nachkommenschaft des ersteren ausweisen, ferner darthun sollten, daß die Maria Louise Kahl keine leibliche und eheliche Tochter des Johann Wilhelm Kahl sei. Das Stadtgericht hatte diesem Verlangen der Beklagten entsprochen und den Klägern Beweis in Betreff beider erwähnten Punkte auferlegt. Auf hiergegen gerichtete Beschwerdeführung der Kläger hat das Appellationsgericht nicht nur denselben die Beweislast in Betreff der Legitimation abgenommen, sondern diese letztere ohne Weiteres für geordnet erklärt, so daß nicht einmal der Beklagten in Beziehung auf die erwähnten Punkte eine Beweisführung zu verstatten sei.

Hierüber hat die Beklagte Beschwerde geführt. Sie verlangt Wiederherstellung des Stadtgerichtserkenntnisses, eventuell Beweisnachlassung für sie in Betreff der erwähnten, nach ihrer Angabe den Klägern entgegenstehenden Verwandtschaftsverhältnisse, äußersten Falles die Auflage einer cautio de restituendo an die Kläger. — Hier war dem ersten eventuellen Antrage der Beklagten zu entsprechen.

Was zunächst die Frage anlangt, ob bei der auf Grund eines verwandtschaftlichen Verhältnisses erhobenen Erbschaftsklage der Kläger mehr als einen im Allgemeinen zur Erbfolge berechtigenden Verwandtschaftsgrad zu beweisen, also, wenn die Beklagte die Legitimation bestreiten sollte, außer der Verwandtschaft noch darzuthun habe, daß er der nächste, resp. alleinberechtigte Verwandte des Erblassers sei, so ist dieselbe von den Rechtslehrern in verschiedener Weise beantwortet worden. Während eine große Anzahl älterer und neuerer Schriftsteller den Beweis eines Verwandtschaftsverhältnisses im Allgemeinen für genügend hält und es dem Beklagten überläßt, solche Umstände nachzuweisen, welche geeignet sind, die Erbberechtigung des Klägers aufzuheben oder doch zu beschränken, fehlt es nicht an Solchen, welche dem Kläger den Beweis der Nächst- und resp. Alleinberechtigung aufgelegt wissen wollen, so daß derselbe das Nichtvorhandensein näherer oder gleich naher Erbberechtigter zu erweisen habe.

Für die erstere Auffassung haben sich erklärt u. A.:

Carpzow, observ. T. 1. p. 2. obs. 448. T. 9. obs. 115.
Voet, Comm. ad Pandect. V. 3. § 6.

Leyser, Medit. spec. 98. med. 8. 9. spec. 155. med. 2—4.

Hommel, Rhapsod. Qu. 1. obs. 176.

Glück, Pandekten. Bd. 7. S. 510. 511.

Thibaut, Pandekten. § 891.

v. Wening-Ingenheim, Röm. Priv.-Recht. V. § 192.

Göschen, Civilrecht. Bd. 3. 2. S. 416.

Schweppe, Röm. Priv.-Recht. Bd. 5. S. 191.

Linde in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. Bd. 1. S. 163 flg.

Holzschuher, Theorie ꝛc. Bd. 2. S. 829.

Arndts in Weiske's Rechtslexikon (Hereditatis petitio). Bd. 5. S. 219.

während die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird von:

Struben, Rechtl. Bedenken. I. 22. Ed. Spangenberg. Bd. 3. S. 206.

v. Bülow und Hagemann, Pract. Erörterungen. Bd. 6. S. 336.

Gesterding, Ausbeute ꝛc. Bd. 1. S. 119. 225.

v. Bethmann-Hollweg, Versuche ꝛc. S. 363.

Für die erstere Auffassung spricht indessen, — und hierbei mußte von einer früher in anderer Richtung abgegebenen Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts:

Frankf. S. von Carlshausen Erben c. Rüppel Erben, 11. April 1842,*)

abgewichen werden — daß auch bei dem in Rede stehenden Verhältnisse die allgemeine über die Beweislast geltende Regel wirksam wird, der Kläger brauche nur die Thatsachen zu beweisen, welche zur Entstehung seines Rechts erforderlich sind, während solche Umstände, welche die Wiederaufhebung oder Beschränkung des Rechts zur Folge haben, einen Gegenstand der Beweisführung des Beklagten ausmachen. Nun bildet Verwandtschaft in einem zur Erbfolge berechtigenden Grade ohne Weiteres einen Titel des Erbrechtes, welcher, wo es sich um Intestatsuccession handelt, nur durch die Existenz näherer oder

*) Siehe Seite 202.

gleichberechtigter Verwandten resp. aufgehoben oder beschränkt wird, und somit befindet sich der durch die hereditatis petitio belangte Beklagte in der Lage, das Erbrecht des als verwandt nachgewiesenen Klägers bis zum seinseitigen Beweise von Umständen der gedachten Art überhaupt, oder doch in dem Umfange, in welchem der Kläger damit aufgetreten ist, gelten lassen zu müssen. — Auch kommt es, wie die Beklagte außerdem für sich geltend zu machen sucht, nicht darauf an, daß in Betreff des Jacob Carl Kahl die Gewißheit vorhanden ist, derselbe sei (im Jahre 1797) geboren und habe bis in die 40er Jahre gelebt. Denn es ist unbegründet, eine Vermuthung dafür anzunehmen, daß eine der Kunde ihrer Umgebung entzogene Person fortgelebt habe, wegen welches Punktes auf

Heyse und Cropp, Juristische Abhandlungen. Bd. 2. S. 144 flg.

zu verweisen ist.

Die Kläger sind in Betreff des hier berührten Punktes so weit gegangen, der Beklagten überhaupt das Recht zu bestreiten, sich auf das Vorhandensein näher berechtigter (eventuell somit auch concurrirender) Verwandten zu berufen, und demzufolge Zulassung zu dem betreffenden Beweise zu verlangen, indem jenes Vorbringen unter den vorliegenden Umständen, wo nicht etwa ein Schuldner von einem als Erben des Gläubigers auftretenden Kläger, sondern ein Erbschaftsbesitzer mit der hereditatis petitio belangt werde, eine wahre exceptio ex jure tertii sei. Und obwohl das Appellationsgericht sich in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua über diesen Punkt nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, so ist doch anzunehmen, daß dasselbe ebenfalls von jener Auffassung ausgegangen ist. — Dieser letzteren war indessen nicht beizupflichten. Denn hier, wie bei jedem Rechtsverhältnisse anderer Art, braucht der Besitzer nur dem wirklich Berechtigten zu weichen.

Auf den eventuell gestellten Antrag der Beklagten, daß den Klägern äußersten Falles eine Cautio de restituendo auferlegt werden müsse, kommt es zufolge des bisherigen nicht an, und mußten hiernach die der Beklagten nachzulassenden Beweise, so wie im Urtheile geschehen, formulirt werden.

IV. Schon oben unter II. ist der Antrag der Beklagten berührt

und als unbegründet nachgewiesen worden, daß derselben die Statutarportion einer Frankfurter Wittwe gebühre. Eventuell hat sie indessen behauptet, daß ihr auch nach Pittsburger und nicht minder nach französischem Recht im Wesentlichen dieselben Ansprüche zustehen würden. Das Appellationsgericht hat in Veranlassung dessen die Beklagte zu dem Beweise zugelassen, daß nach Pittsburger Recht die überlebende Wittwe eines ohne Ascendenten und Descendenten Verstorbenen die Hälfte oder welchen geringeren Theil dessen hinterlassenen Vermögens anzusprechen habe. — Hierbei ist das Appellationsgericht von der Ansicht ausgegangen, daß, da die Kahl'schen Eheleute ihre Ehe zu Pittsburg, als dem damaligen Domicil des Ehemannes, geschlossen haben, die Vermögensrechte derselben von dem dortigen Rechte beherrscht worden seien, und daß das fortgedauert habe, obschon später das Pittsburger Domicil durch dasjenige in Frankreich ersetzt worden sei, indem der alleinige Domicilswechsel nicht genügt habe, eine Abänderung der bereits früher begründeten Vermögensrechte zu bewirken.

Hiergegen haben die Kläger in jetziger Instanz ihre Adhäsionsbeschwerde gerichtet, daß auf das Pittsburger Recht eingegangen, und nicht vielmehr bei dem französischen Rechte stehen geblieben, und darnach die Beklagte gänzlich mit dem hier in Rede stehenden Antrage zurückgewiesen, eventualiter, daß ihr nicht im Allgemeinen der Beweis aufgelegt sei, sie sei auf die Hälfte des Nachlasses berechtigt.

Die formelle Zulässigkeit dieser Adhäsionsbeschwerde ist von der Beklagten nicht beanstandet worden, und konnte einem Bedenken überhaupt nicht unterliegen. Auch materiell mußte sie, wenigstens ihrem Ausgangspunkte nach, für begründet geachtet werden.

Dem Appellationsgerichte kann nämlich darin nicht beigestimmt werden, daß eine Veränderung des Domicils von Eheleuten auf das zwischen denselben bestehende Güterrecht und die daraus sich ergebenden Successionsbefugnisse — falls nicht dieselben vertragsmäßig festgestellt und auch nicht etwa das am ersten Domicil geltende Recht als für die Folgezeit maßgebend ausdrücklich anerkannt sein sollte — ohne Wirkung bleibe. Vielmehr ist, wenngleich bedeutende Autoritäten sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen haben, mit

Schweppe, Privat-Recht. I. S. 56.

Mühlenbruch, Pand. § 72. Nr. 6.

Kierulff, Civilrecht. I. S. 79.
Runde, Eheliche Güterrechte. S. 217.
Eichhorn, Privat-Recht. § 35. not. 9.
Philipps, Privat-Recht. II. S. 139 u. a. a.

anzunehmen, daß das allein auf der Basis des im ersten Domicil der Eheleute geltenden Gesetzes herbeigeführte Güterrecht sich bei einer Domicilsveränderung ohne Weiteres nach Maßgabe der am neuen Wohnorte der Ehegatten gültigen Gesetze umwandelt.

Hiernach müßte, den Anträgen der Kläger entsprechend, auf das Güterrecht des code civil eingegangen und geprüft werden, in wie weit die Beklagte materiell berechtigt sei, die von ihr als Theilhaberin der communauté legale erhobenen Ansprüche geltend zu machen, wenn die Sache für eine solche Entscheidung schon jetzt genügend instruirt erschiene. Dies ist indessen nicht der Fall. Freilich würden nach dem Bemerkten präsumtiv die Vorschriften des französischen Güterrechts zur Geltung zu bringen sein, allein deren Anwendung oder Nichtanwendung hängt insofern von den Bestimmungen des in Frankreich geltenden Rechts ab, als es darauf ankommt, ob und in welchem Umfange die dortigen Güterrechtsvorschriften auch solche Eheleute treffen, welche als Nichtfranzosen ihre Ehe im Auslande geschlossen und sodann ihren Wohnsitz in Frankreich genommen haben.

Da es hierbei sich nicht allein um die zur Anwendung zu bringenden Rechtsbestimmungen selbst, sondern außerdem auch um factische Umstände, z. B. um die Art und Weise handeln dürfte, in welcher die Kahl'schen Eheleute in Frankreich domicilirt gewesen sind; da ferner, wenn die Beklagte als Theilnehmerin einer communauté legale anzusehen sein sollte, nicht nur das im Besitz des verstorbenen Ehemannes vorhanden gewesene Vermögen, sondern auch die von der Beklagten zur Zeit des Absterbens ihres Ehegatten besessenen Vermögenstheile mit in Berücksichtigung zu ziehen und eventuell ganz oder theilweise zur Theilung zu bringen sein würden, so empfahl es sich, wie im Urtheile geschehen, den hier berührten Gegenstand seinem ganzen Umfange nach an die erste Instanz zurückzuverweisen. Dabei war der vom Appellationsgerichte in Beziehung auf das Pittsburger Recht angeordnete Beweis nicht absolut in Wegfall zu bringen. Denn

es könnte später wiederum auf denselben ankommen, wenn es sich aus den Verhandlungen der Parteien ergeben sollte, daß nach französischem Rechte eine Aenderung der Güterverhältnisse nicht eingetreten sei, also die zu Pittsburg entstandenen Güterrechtsverhältnisse fortgedauert haben.

V. Die vierte Beschwerde der Beklagten betraf die derselben vom Appellationsgerichte gemachte Auflage, den Beweis der Holographie des bei den Stadtgerichtsacten II. Nr. [3] befindlichen Testamentes zu führen.

Gegen die Beklagte steht nach Maßgabe des von ihr in diesem Punkte nicht angefochtenen Stadtgerichtserkenntnisses so viel fest, daß das Testament so, wie es vorliegt, keine unanfechtbare formelle Gültigkeit habe. Denn jedenfalls müßte den Klägern der ihnen vom Stadtgerichte in Betreff der Nichtholographie nachgelassene Beweis offen gehalten werden. Allein mit Recht hat das Appellationsgericht den Klägern den vorgedachten Beweis abgenommen und die Beklagte verpflichtet, die Holographie des Testamentes zu erweisen.

Die Beklagte will aus zwei Gründen von der Beweislast frei sein. Erstens, weil eine genügende Beglaubigung des Testamentes vorliege, um bis zum Beweise besonderer Mängel als gültig geachtet zu werden; zweitens, weil die Beklagte kraft des ihr durch das rechtskräftig gewordene Immissionserkenntniß eingeräumten Besitzstandes hier von der Beweislast nicht betroffen werde.

Allein in keinem dieser Punkte konnte der Beklagten beigepflichtet werden. — Anlangend nämlich die dem Testamente beigefügte Beglaubigung, so besteht dieselbe nur in außergerichtlichen, vor dem nordamerikanischen Consul Mac Kae abgelegten Depositionen von vier Personen, welche eidlich ausgesagt haben, daß sie die Handschrift des verstorbenen Kahl kennten und in derjenigen des Testamentes wieder erkennten, resp. daß sie zugegen gewesen wären, als das Testament in dem Secretär des Verstorbenen neben dessen Werthpapieren aufgefunden worden sei. So wenig nun auch die vorgedachten Umstände als unerheblich anzusehen sind, so kann doch dasjenige, was zu ihrer Bewahrheitung vorliegt, weder die Wirkung einer öffentlichen Urkunde haben, noch auch als ein gültiger oder gar formell erschöpfender Beweis in ordinario angesehen werden.

Was sodann zweitens die Wirkung der Immission auf die Beweislast betrifft, so kommt es hierbei auf die beklagtischerseits angerufenen Grundsätze des französischen Rechts nicht an. Denn die Frage, welche Partei in einem Rechtsstreite beweispflichtig sei, ist nach den über das Prozeßverfahren geltenden Grundsätzen zu beantworten, und diese letzteren hat der Richter, auch wenn es sich um ein im Uebrigen nach ausländischen Gesetzen zu beurtheilendes Verhältniß handeln sollte, in Gemäßheit der einheimischen Normen anzuwenden. Ferner kommt es nicht auf die Folgen einer französischen Immission, sondern auf diejenigen an, welche aus einer nach Frankfurter Gesetzen von einem Frankfurter Richter verfügten Erbschaftseinweisung sich ergeben. Es bedarf deßhalb eines Eingehens auf die beklagtischen Angaben über die in Frankreich befolgten Grundsätze nicht, welche übrigens nach

Zachariä, Franz. Civilrecht. Ed. Anschütz. Bd. 4. S. 229 u. 230. Note 2.

Marcadé, Explication du Code Napol. Ed.5. 1859. IV. S. 76.

keineswegs als zu Gunsten der Beklagten feststehend anzunehmen sein möchten.

Die, zufolge des Bemerkten, hier zur Anwendung kommenden einheimischen Regeln von der Beweislast führen darauf hin, hier die Beklagte als beweispflichtig zu behandeln.

Wie nämlich dem von intestatberechtigten Verwandten mit der hereditatis petitio in Anspruch genommenen, auf ein Testament sich stützenden Beklagten der Beweis des Vorhandenseins des Testamentes obliegt, indem die hierauf gerichtete Behauptung des Erbschaftsinhabers als eine Einrede, der durch die Verwandtschaft genugsam begründeten Klage gegenüber, erscheint,

Glück, Bd. 7. S. 516.

v. Wening-Ingenheim, V. § 152.

Bethmann-Hollweg, Versuche 2c. S. 363.

Erkenntniß in S. Lemmé c. Böhm, 28. October 1852.*)

so muß dasselbe auch in Beziehung auf die Echtheit und äußere Förmlichkeit des Testamentes gelten, wenn diese nicht durch eine

---

*) Siehe S. 203.

vorhandene Beglaubigung bis dahin, wo etwa ein besonderer Mangel derselben nachgewiesen wird, außer Zweifel gestellt sein sollten.

Hieran kann ein etwaiger Besitzstand der beklagtischen Partei, und zwar selbst derjenige Besitzstand, welcher durch eine richterliche Immission herbeigeführt worden ist, Nichts ändern. Denn, wenngleich die richterliche Immission wirklich juristischen Besitz, resp. Quasibesitz bewirkt, so ist doch schon nach römischem Rechte, insbesondere da nach

L. 7. pr. Dig. de appellationibus recipiendis. 49. 5.

L. 6. Cod. quorum appellationes non recipiuntur. 7. 65.

Demjenigen, welcher als Contradicent gegen einen Immissionsantrag aufgetreten ist, nicht einmal eine Appellation gegen das erfolgte Immissions-Erkenntniß verstattet ist, anzunehmen, daß es bei der Immission überhaupt nur auf die Regulirung eines, muthmaßlich dem Willen des Erblassers entsprechenden und für die Nachlaßinteressenten, z. B. die Legatare und Gläubiger, nützlichen, den An- und Widersprüchen Dritter aber unpräjudicirlichen Provisoriums ankomme.

Daß in der

L. 11. Cod. de probation. 4. 19.

in einem gewissen Falle die Beweispflicht derjenigen Person angenommen worden ist, welche gegen die Gültigkeit eines Testamentes aufgetreten war, steht dem Vorbemerkten nicht entgegen. Denn die näheren Umstände jenes Falles sind in der L. 11. cit. nicht angegeben, und es gibt ohne Zweifel viele Fälle, in welchen das Testament dem Anfechtenden bis auf Weiteres als tadellos und beweiskräftig entgegensteht, und nur aus besonderen Gründen, z. B. wegen der Unfähigkeit eines Zeugen, wegen Verletzung der unitas actus und dergleichen angefochten werden kann.

Jedenfalls würde dieser Punkt nach Frankfurter Recht zu Gunsten der Kläger zu beurtheilen sein. Denn der bereits oben angezogene Titel der Reformation, besonders im zweiten Artikel, hält, ungeachtet der verfügten Immission, den später Anfechtenden den Rechtsweg ohne irgend welche Beschränkung offen. Und übereinstimmend hiermit ist auch aus dem Wortlaute der durch das Gesetz vom 10. Januar 1843 angeordneten promissorischen Caution

abzuleiten, daß nur ein Provisorium als in Frage stehend anzunehmen ist, und die Stellung des Anfechtenden durch die Immission um Nichts verschlechtert wird.

Somit mußte es bei dem in Betreff der Holographie des Testamentes vom Appellationsgerichte der Beklagten aufgelegten Beweise sein Verbleiben haben, indem gegen die Fassung des Beweises von keiner Seite eine Beschwerde erhoben worden ist, wie denn auch dieselbe ganz der Sachlage und dem Rechte entspricht.

VI. Die von der Beklagten wegen der Compensation der Kosten voriger Instanz erhobene Beschwerde erschien ohne Weiteres unbegründet, da jede der beiden Parteien gegen einige Punkte des Stadtgerichtserkenntnisses mit Recht appellirt hat. Auch die Kosten der gegenwärtigen Instanz mußten, da einem Theile der beklagtischen Beschwerden, sowie auch beziehungsweise der klägerischen Adhäsionsbeschwerde zu entsprechen war, ganz compensirt werden.

Auszüge aus den Seite 190, 193 und 198 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Frankf. Fiscus ca. Hümmer. 1848.

Eine wichtige Vorfrage ist die, nach welches Ortes Rechte der vorliegende Prozeß entschieden werden soll, resp. was für ein Recht dieses sei. Das Rechneiamt geht nämlich von der Behauptung aus, daß der Erblasser in Frankfurt domicilirt gewesen sei und stellt demgemäß seinen Anspruch auf die Frankfurter Reformation, welche die mütterlichen Verwandten eines unehelichen Kindes von dessen Erbschaft ausschließe, eventuell behauptet es jedoch auch dann zur Vindication der Erbschaft als bona vacantia berechtigt zu sein, wenn man das Recht der Herkunft des Verstorbenen zur Anwendung bringe; denn in Oberickelsheim, wo er von dortigen bayerischen Unterthanen geboren sei, — — — gelte das preußische Landrecht und nach diesem stehe den mütterlichen Verwandten eines Unehelichen ebenfalls kein Intestaterbrecht zu. Die Verwandten bestreiten dagegen mit dem angeblichen Domicil des Verstorbenen in Frankfurt auch die Anwendbarkeit des Frankfurter Rechts auf diesen Erbrechtsfall und nehmen die Erbschaft nach dem Rechte der origo des Verstor-

denen in Anspruch, welches aber nicht das preußische Landrecht, sondern das in Bayern geltende gemeine Recht sei; nur eventuell behaupten sie, auch nach der Frankfurter Reformation den Fiscus auszuschließen.

Es leidet nun nach der jetzt allgemein herrschenden Ansicht — vergl. die Citate bei

Glück, Intestaterbfolge. Seite 162.

Wächter im Archiv für civ. Prax. Bd. 25, S. 193 bis 195. S. 363.

keinen Zweifel, daß die Intestaterbfolge sich zunächst nach den Gesetzen des Wohnortes des Verstorbenen bestimmt. Daß bei Personen, welche keinen Wohnort haben, das Recht des Ortes ihrer Herkunft entscheide, ist weit weniger ausgemacht, da viele, sowohl ältere als neuere Rechtslehrer und Praktiker, z. B.

Struv. synt. civ. exercit. XXXVIII. § 44.

Glück, Intestaterbf. S. 166 ss.

Mühlenbruch, Pandekten Bd. 3. S. 624

die Gesetze des Ortes, wo der Erblasser gestorben ist, zur Anwendung bringen wollen. Diese Ansicht beruht jedoch nur auf dem unzutreffenden Grunde, daß der Vagabunde an diesem Orte auch seinen Gerichtsstand habe, nach dessen Vorschriften er alle seine Handlungen einrichten müsse. Denn wenn auch das letztere für den Umfang der Regel locus regit actum, mithin für Handlungen als solche richtig ist, so kann man doch weder behaupten, daß der zufällige augenblickliche Aufenthalt zur Zeit des Todes die Präsumtion begründe, der Sterbende habe nach den ihm vielleicht völlig unbekannten Gesetzen dieses Ortes beerbt sein wollen, noch auch, es sei muthmaßliche Absicht des Gesetzgebers, seine Successionsgesetze auf Fremde, die momentan innerhalb seines Territoriums sich aufhalten und daselbst sterben, anzuwenden. Richtiger nimmt daher die Mehrzahl der Rechtsgelehrten, z. B.

Stryk, de succ. ab int. I. 4. § 6.

Wernher, obs. for. Tom. I. p. III. obs. 237.

Berger, Oecon. jur. 2. 4. th. 46. nte. 6.

Koch, succ. ab intest. § 15.

v. Wening-Ingenheim, Civilr. I. § 22. nte. gg.

an, daß bei Beerbung eines Vagabunden die Gesetze des Ortes seiner Herkunft, an welchem er auch sein forum generale habe, für alle statuta personalia eben deßhalb entscheidend bleiben, weil er keinen anderen örtlichen Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse gewählt habe. Als ausgemacht ist ferner zu betrachten, daß, obgleich an sich der Richter von Amtswegen das Recht kennen muß, nach welchem er zu entscheiden hat, doch die factischen Voruntersuchungen, von denen die behauptete Anwendbarkeit eines bestimmten objectiven Rechts abhängig ist — für das Frankfurter Domicil, resp. die Herkunft des Verstorbenen aus Obericelsheim — den gewöhnlichen Regeln über die Beweislast der Parteien unterliegen.

2) v. Carlshausen ca. Rüppel. 1842.

Ueber die hier zu entscheidende Frage, welche Partei im Prozesse die Beweislast in Ansehung des Umstandes treffe, ob die als Kläger auftretenden Personen die alleinigen Erben des Gläubigers und die als Beklagte belangten Personen die alleinigen Erben des Schuldners, oder ob außer diesen auf der einen oder anderen Seite noch mehrere Miterben vorhanden seien, fehlt es an einer speciellen gesetzlichen Bestimmung gänzlich; und die gewöhnliche Regel über die Beweislast, daß der Kläger seinen Klaggrund und der Beklagte seine Einreden zu beweisen habe, sowie auch der, ohnehin in seiner Allgemeinheit sehr bedenkliche Satz, daß keine Negative bewiesen zu werden brauche, führen hier gleichfalls zu keinem Resultate, da es durchaus zweifelhaft bleibt, was denn in jenem Falle Klaggrund und Einrede, und was Negation und Affirmation sei, und da sich der eine wie der andere Umstand, je nachdem man die Sache darstellt, unter beide Gesichtspunkte ziehen läßt. Auch unter den Schriftstellern ist die gedachte Frage höchst streitig und eine entschiedene Praxis ist darüber nicht vorhanden. Unter diesen Umständen nun aber bleibt nichts Anderes übrig, als die Beweislast nach dem festzusetzen, was nach dem Sachverhältnisse natürlich, zweckmäßig und billig ist, und diese Rücksichten führen zu dem einfachen vom Stadtgerichte befolgten Grundsatze, daß sich ein jeder Theil über seine eigenen Erbverhältnisse auszuweisen hat, die ihm bekannt sind und in der Regel von ihm ohne besondere Schwierigkeit dargelegt werden können, während

für den anderen Theil ein Beweis über diese, ihm fremde, Verhältnisse höchst schwierig und unter Umständen fast unmöglich sein würde.

3) Böhm ca. Temmé. 1852.

Wenn die Beklagten darauf hingewiesen haben, es könne durch Testament die gesetzliche Erbfolge geändert sein, so verdient dies keine Berücksichtigung, weil nach heutigem Prozeßrechte das Dasein einer letztwilligen Verfügung dem klagenden Intestaterben gegenüber als Einrede bestimmt vorgeschützt und erwiesen werden muß,

Glück, Commentar. Band 7, Seite 510.

v. Wening-Ingenheim, Civilrecht. V. Seite 192.

Bethmann-Hollweg, Versuche, Seite 363.

eine positive Behauptung der Art aber nirgends vorgebracht worden ist.

219.

M. K. Sch., geb. G., Klägerin, Appellation gegen **J. B. G.**, Beklagten, Appellanten, Dotation betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. December 1859.

I. Mittelst seiner ersten Beschwerde verlangt der Beklagte, daß die Klägerin mit dem ihr vom Stadtgericht auferlegten Beweise:

> daß die von ihr verlangte Mitgift von fl. 1500 im Ganzen (einschließlich der bereits empfangenen fl. 500) den Vermögensverhältnissen des Beklagten entspreche,

gar nicht zugelassen und folgeweise mit ihrem Anspruch, soweit er den vom Beklagten als Dotalvermehrung angebotenen Betrag von fl. 500 übersteige, abgewiesen werde.

Die Dotirungspflicht des Beklagten im Allgemeinen ist in der vorliegenden Sache unbestritten, und es handelt sich nur darum, ob die Klägerin sich mit den bereits empfangenen fl. 500 und einer nach dem Erbieten des Beklagten noch hinzuzuzahlenden gleichen Summe begnügen müsse, oder eine Erhöhung ihrer Brautgabe bis auf fl. 1500 in Anspruch nehmen könne. Der Beklagte bestreitet die Zulässigkeit eines zu diesem Zwecke über seine Vermögensverhältnisse zu führenden Beweises, indem er

1) meint, ein förmliches Beweisverfahren sei in einem Falle der vorliegenden Art überhaupt nicht statthaft, theils weil die Entscheidung hier lediglich vom richterlichen Ermessen abhänge, theils weil die förmliche Beweisführung mit ihren Folgen (z. B. etwaiger

Nöthigung des Beklagten sich auf einen deferirten Eid einzulassen) mit den Rücksichten auf Wahrung des rechten Verhältnisses zwischen Vater und Kind unverträglich sei. Es leuchtet jedoch in der ersteren Beziehung von selbst ein, daß, wenn die Größe der dos durch richterliches Ermessen festgestellt werden soll, die thatsächlichen Verhältnisse, welche den Richter bestimmen können, mehr oder weniger zuzubilligen, nöthigenfalls durch ein Beweisverfahren aufgeklärt werden müssen, weil es seinem Ermessen sonst an jeder festen Grundlage fehlen würde, wie denn in anderen Fällen, wo es auf richterliches Ermessen ankommt, z. B. auch in Alimentationssachen, auf deren Aehnlichkeit mit dem vorliegenden Streitgegenstande sich der Beklagte beruft, ganz dasselbe gilt. Eben so wenig kann der andere, aus dem älterlichen Verhältniß hergenommene Einwand für begründet erachtet werden. Ist einmal die Aufklärung bestrittener factischer Grundlagen der richterlichen Entscheidung auch für Sachen der hier fraglichen Art unentbehrlich, so folgt von selbst, daß zu diesem Zweck entweder das gewöhnliche Beweisverfahren eingeschlagen, oder dem Richter die Befugniß zu einer Ermittelung von Amtswegen eingeräumt werden muß. Den letzteren Ausweg für den ausschließlich zulässigen zu erklären, wäre aber eine dem gemeinen Rechte völlig fremde Ausnahme von den Prozeßregeln. Ohne Grund macht der Beklagte in dieser Hinsicht geltend, daß die Klage auf Entrichtung einer dos necessaria nach römischem Rechte eine extraordinaria cognitio gebildet habe; denn diese Eigenschaft einer Streitsache begründete schon nach neuestem römischem Recht keinen Unterschied in der Behandlung der Beweisaufnahme mehr, und hat für sich allein im heutigen Prozeßrecht jede Bedeutung verloren. Eben so wenig kann es für die Auffassung des gemeinen Rechtes in Betracht kommen, wenn mehrere deutsche und außerdeutsche Gesetzgebungen aus Gründen der Zweckmäßigkeit sich für eine mehr oder weniger abweichende Art der Erledigung von Streitigkeiten über die Größe der dos necessaria entschieden haben, denn daß sich etwa für eine solche abweichende Behandlung ein allgemeiner Gerichtsgebrauch gebildet habe, läßt sich in keiner Weise behaupten.

Es versteht sich nun zwar von selbst, daß durch die Zulassung des gewöhnlichen Beweisverfahrens weder das richterliche Ermessen

beschränkt wird, indem es dem Richter vielmehr unbenommen bleibt, die zu seiner vollen Instruction etwa erforderlichen Ermittelungen demnächst in geeigneter Weise eintreten zu lassen, noch auch über die Zulässigkeit aller einzelnen Beweismittel, deren Benutzung die Klägerin versuchen sollte, im Voraus etwas entschieden ist, indem hierüber erst nach angetretenem Beweise geurtheilt werden kann. Jedenfalls ist aber in diesen Umständen kein Grund zu finden, weßhalb der Klägerin die Befugniß, über die Vermögensverhältnisse des Beklagten dem Richter durch geeignete Beweismittel Gewißheit zu verschaffen, abgeschnitten werden könnte.

2) Der Beklagte hält ferner die Beweisauflage für verwerflich, weil sie sich nicht auf seine Vermögensverhältnisse zu beschränken, sondern auf alle Momente, wovon die richterliche Bestimmung einer dos necessaria abhänge, zu erstrecken hätte. Dieser Einwand würde nun schon durch die erwähnte Befugniß des Richters, nöthigenfalls noch weitere Aufklärungen zu veranlassen, für erledigt zu halten sein; er stellt sich aber deßhalb als unbegründet dar, weil hinsichtlich der anderen Momente, welche neben den Vermögensverhältnissen des Beklagten (zu denen auch die Größe des Mutterguts der Klägerin zu rechnen ist) hier einflußreich sein könne, kein Streit über das Factische vorliegt. Daß die Klägerin, außer ihrem in den Händen des Beklagten befindlichen Antheil am Muttergut, ein eigenes Vermögen von Belang besitze, welches die Dotirungspflicht des Vaters ganz oder theilweise zu beseitigen geeignet wäre, ist vom Beklagten nirgends geltend gemacht worden. Im Uebrigen aber kommen nach den in der sententia a qua angeführten Gesetzstellen außer dem Vermögen des Vaters in Betracht: der Stand der Betheiligten (des Vaters wie des Ehemannes der Tochter) und, — wenn man dies noch als besonderes Moment nennen will — die Zahl der Kinder, welche der Vater hat. Sowohl dieser letztere Umstand, als der Stand der Parteien, insbesondere des klägerischen Ehemannes, als eines mit einem gleichen Geschäft wie der Beklagte etablirten Handelsmannes, ist durch die übereinstimmenden Angaben der Parteien außer Zweifel gestellt, und was in jetziger Instanz über die frühere Laufbahn des klägerischen Ehemannes vom Beklagten angeführt wird, erscheint um so unerheblicher, als er selbst in der Duplik das

Geschäft seines Schwiegersohnes als ein im günstigen Gange befindliches bezeichnet hat. Schon deßhalb war auf die Bitte des Beklagten, um nachträgliche Einziehung der früher unter denselben Parteien wegen Supplirung des Eheconsenses erwachsenen Prozeßacten nicht einzugehen. Daß übrigens eine völlige Gleichstellung der verschiedenen verheiratheten Töchter in ihrer Dotation kein absolutes Erforderniß, vielmehr dem väterlichen Ermessen in dieser Beziehung ein angemessener Spielraum freizulassen sei, ist bereits in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua bemerklich gemacht, aber auch mit Recht hinzugefügt worden, wie daraus nicht folge, daß in concreto fl. 1500 ein den Vermögensumständen des Vaters nicht angemessenes Maß der Dotation ausmachen würden.

3) Der Beklagte macht endlich geltend, in den bisherigen Acten seien bereits hinlängliche Momente enthalten, um nach richterlichem Ermessen über den Anspruch zu entscheiden. Allein über den Vermögensstand des Beklagten fehlt es, abgesehen von dem hier mit in Betracht kommenden Muttergut der Klägerin und ihrer Schwestern, dessen Größe von den Parteien nur um fl. 700 verschieden angegeben wird, bis jetzt an jeder sicheren Basis der Beurtheilung, indem die Klägerin den Beklagten als einen stadtkundig vermögenden Mann schildert, welcher seine Einnahme nicht ganz für sein Geschäft verwenden könne, sondern zum Theil zinsbar anlege, während der Beklagte seine Vermögensumstände weit ungünstiger darzustellen sucht. Ueber diesen Punkt bedarf es daher allerdings noch eines Beweises.

II. Die zweite (eventuelle) Beschwerde ist darüber erhoben worden, daß der Klägerin für das Beweisverfahren die Anträge auf Inventur und Offenbarungseid des Beklagten ausdrücklich vorbehalten worden seien. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Anträge selbst steht jedoch gegenwärtig gar nicht zur Beurtheilung. Denn das Appellationsgericht hat den zu Gunsten der Klägerin gemachten Vorbehalt ausdrücklich dahin erläutert, daß damit über die Berechtigung der Klägerin zu jenen Anträgen noch Nichts entschieden sein solle, und dem Beklagten unbenommen bleibe, wenn die Anträge im Beweisverfahren gestellt werden sollten, seine Einwendungen dagegen geltend zu machen. Nach dieser Erläuterung, bei

welcher sich die Klägerin beruhigt hat, enthält der Vorbehalt keine Beschwerde für den Beklagten, indem ihm dadurch materiell Nichts aberkannt, sondern nur so viel ausgesprochen ist, daß in der dermaligen Nichtberücksichtigung der in der Replik gestellten Anträge noch keine Verwerfung derselben für den Fall, daß sie in dem Beweisverfahren erneuert werden, liegen solle.

220.

C. Ph. B., Implorant gegen seine Ehefrau **C. E. B.**, geb. S., Imploratin, die Herausgabe des Sohnes Ludwig B., jetzt dessen Aufenthalt betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 27. Mai 1859.

In Erwägung, daß

1) der Knabe Ludwig B. vertragsmäßig von seiner Mutter verpflegt und erzogen wird und der Mutter weder durch den Vertrag vom 17. Mai 1853 untersagt ist, noch bei den zwischen beiden Eheleuten bestehenden Verhältnissen vom Gericht untersagt werden könnte, ihren Aufenthalt für längere oder kürzere Zeit anderswo zu nehmen, der Knabe Ludwig aber selbstverständlich seiner Mutter in diesen Aufenthalt zu folgen hat, von welchem klägerischerseits gar nicht behauptet wird, daß er die Pflege oder Erziehung des Kindes beeinträchtige;

2) das dem Kläger in § 3 des Vertrags vorbehaltene Recht, seine Kinder zu besuchen, nicht dahin führen kann, dieselben an den hiesigen Ort zu bannen, vielmehr es dem Kläger ganz unbenommen ist, und, unter allen Umständen, unbenommen bleibt, seine Kinder, sei es hier, sei es auswärts, zu besuchen, indem ja die Kinder, wenn es der Mutter angemessen erschiene, auch auswärts erzogen werden könnten; übrigens Kläger gar nicht zu behaupten vermochte, daß seine Ehefrau die vorhabende Reise in der Absicht unternehme, um den Verkehr des Klägers mit seinem Sohne Ludwig zu hindern, somit Kläger sich mit Ungrund auf das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 30. October 1856 beruft.*)

---

*) Siehe Bd. III. S. 462.

Aus diesen Gründen

wird der Antrag des Klägers de pr. hod. als unstatthaft verworfen.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Imploranten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 17. Juni 1859 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 19. Januar 1860, unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Da

1) nach dem hier maßgebenden Uebereinkommen vom 17. Mai 1853 die Imploratin zwar nicht für befugt erachtet werden kann, den factischen Wohnsitz der Kinder, ohne Zustimmung des Imploranten, von Frankfurt zu verlegen;

vielmehr es als die bei Abschluß jenes Uebereinkommens obwaltende Voraussetzung angesehen werden muß, daß die Eltern der Imploratin, zu welchen dieselbe zu ziehen beabsichtigte und seitdem gezogen ist, ihr Domicil nicht verändern, und somit auch die Imploratin und die Kinder ihren bleibenden Aufenthalt in Frankfurt behalten würden,

und diese factische Basis des ganzen Arrangements nicht einseitig in solcher Weise verändert werden darf, daß die Ausübung der in § 3. Abs. 2 des gedachten Uebereinkommens dem Imploranten in Beziehung auf die Kinder vorbehaltenen Befugnisse ausgeschlossen oder doch wesentlich erschwert wird; dagegen

2) eine Entfernung der Imploratin mit ihren Kindern von Frankfurt, die den Charakter einer bloß temporären Abwesenheit an sich trägt, wie sie die Lebensgewohnheiten derjenigen Klasse von Personen, welcher die Imploratin und ihre Eltern nach Stand und Vermögen angehören, im gewöhnlichen Laufe der Dinge mit sich bringen, als durch den Consens des Imploranten bedingt nicht erachtet werden kann,

indem dergleichen vorübergehende Entfernungen als nicht unwahrscheinlicher Weise bevorstehend vorauszusehen waren und es, um sie auszuschließen, einer besonderen Festsetzung bedurft haben würde; somit

3) im gegenwärtigen Falle Alles auf die concrete Beschaffenheit der zur Zeit eingetretenen Abwesenheit der Imploratin und ihrer Kinder von Frankfurt ankommt,

Implorant aber in den vorigen Instanzen nicht einmal die bestimmte Behauptung aufgestellt hat, daß es sich um eine Aufenthaltsveränderung von bleibendem Charakter handele und auch die aus den Acten zu entnehmenden thatsächlichen Momente zur Begründung dieser Annahme nicht ausreichen,

indem zwar allerdings eine längere Zeit andauernde Abwesenheit, zumalen in Verbindung mit dem Umstande, daß weder die Imploratin, noch deren Eltern eine Wohnung in Frankfurt beibehalten oder wieder erworben haben, einen Schluß auf die Absicht einer Veränderung des factischen Wohnsitzes zulassen würde,

die Dauer der gegenwärtigen Abwesenheit aber, auch wenn man ihren Beginn zu Anfang Juni v. J. setzt und in Betracht zieht, daß die Imploratin zur Zeit der Einreichung ihrer Vernehmlassung jetziger Instanz (14. November v. J.) noch nicht nach Frankfurt zurückgekehrt war, zur Begründung jener Schlußfolgerung nicht genügt; endlich

4) bereits das Appellationsgericht dem Imploranten die Erneuerung seiner Anträge, wenn er dieselben besser zu begründen vermöge, vorbehalten,

und hiernach auch die eventuelle, zudem nur gegen einen Entscheidungsgrund des Stadtgerichts gerichtete Beschwerde ihre Erledigung gefunden hat,

so erkennt u. s. w.

221.

Güterpfleger- und Gläubiger-Ausschuß der Gantmasse von **G. W. Quilling** zu Mannheim, Kläger gegen **Johann Friedrich Ponsick** sen., jetzt dessen Kinder und Erben, Beklagte, Rückgewähr von Waaren, jetzt deren Erlös, betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 5. März 1856.

In Erwägung, daß

1) — — — — — — — — — — — —

2) klagender Theil in replicis einräumt, daß Beklagter zur Zeit, als er die fraglichen Waaren von Quilling erhalten, von diesem den Betrag von fl. 2000 zu fordern hatte,

3) die Sendung der gedachten Waaren an den Beklagten am 27. December 1850 stattgefunden hat, während über das Vermögen des Quilling erst am 20. Januar 1851 Gant erkannt worden, und das von dem Concursgericht auf den Grund particulären Rechtes ergangene Erkenntniß, wodurch der Ausbruch des Zahlungsunvermögens des Quilling auf den 13. December 1850 festgesetzt worden, gegen den hiesigen Beklagten bei den hiesigen Gerichten nicht zur Anwendung kommen kann, da klagender Theil nicht zu behaupten vermag, daß der Beklagte hinsichtlich der ihm zustehenden Forderung vor dem Concursgericht verhandelt und sich dadurch den dortigen Rechtsvorschriften unterworfen habe, — daher in substrato nicht anzunehmen ist, daß zur Zeit der geschehenen Sendung Quilling schon überhaupt dispositionsunfähig gewesen sei;

4) Beklagter die fraglichen Waaren von Quilling erkauft, resp. zur Deckung der sub 2 erwähnten, bereits im Jahre 1848

gekündigten und daher längst fälligen Forderung an Zahlungsstatt empfangen haben will und die deßfallsige Verneinung des klagenden Theils deßhalb nicht in Betracht kommt, weil es derselbe unterlassen hat, anzugeben, welches sonstige Rechtsgeschäft der Sendung der fraglichen Waaren (die nach seiner — des klagenden Theils — eigener Angabe zur Befriedigung des Beklagten dienen sollten), zu Grunde gelegen habe;

5) eine solche datio in solutum aber von den Gläubigern des Quilling deßhalb nicht angefochten werden kann, weil durch dieselbe eine Bereicherung des Beklagten nicht stattgefunden hat, sondern nur ein positiver Schaden von ihm abgewendet worden ist, wobei es darauf, ob zur Zeit der empfangenen Deckung der Beklagte von der Insolvenz seines Schuldners bereits Kenntniß hatte, nicht weiter ankommt;

I. — — — — — — — — — — — —

II. wird klagender Theil mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatz der dem Beklagten entstandenen Prozeßkosten verurtheilt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

(Rechtsfakultät Bonn)

vom 28. April 1859.

Auf Appellation der Kläger.

Erkannt:

daß die Formalien gewahrt, auch in der Sache selbst das stadtgerichtliche Urtheil vom 5./10. März 1856, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben und Beklagter zur Herausgabe der libellirten, [4] Actorum verzeichneten Waaren, resp. deren Betrages von fl. 2180. 50 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom Tage der mitgetheilten Klage an, sowie zum Ersatze der Streitkosten voriger Instanz zu verurtheilen, die Kosten gegenwärtiger Appellationsinstanz aber zu compensiren, nur die Kosten der Actenversendung von der Appellantin allein zu tragen seien.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. Januar 1860.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Urtheil vom 28. April 1858 zwar in Ansehung der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, im Uebrigen aber dahin abzuändern sei, daß

1) Beklagte den aus dem Verkaufe der streitigen Waarensendung gewonnenen Erlös nur mit fl. 1200, es könnten und wollten denn, als worüber demnächst weiter zu erkennen sein wird, was Rechtens, Kläger, den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist rechtlicher Ordnung nach beweisen,

daß der Vater und Erblasser der Beklagten mehr als fl. 1200 und wie viel mehr bis zu dem facturirten Preise von fl. 2180. 50 kr. aus dem Verkaufe der in Anl. 3 zur Klage [4] der Stadtgerichtsacten verzeichneten Waaren gelöset habe,

an die Kläger nebst 5 pCt. Zinsen vom Tage der mitgetheilten Klage herauszuzahlen schuldig, auch

2) die bisherigen Kosten erster Instanz gegen einander zu vergleichen und aufzuheben seien;

und wird nunmehr, unter Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die von den Kindern und Erben des ursprünglichen Beklagten unter rechtsgehöriger litis reassumtio mittelst ihres Grav. principale jetziger Instanz zunächst und vor Allem angefochtene Condemnation der sent. a qua war aus folgenden Gründen zu be-

stätigen und sonach dem Antrage auf Herstellung der in erster Instanz erkannten Klagabweisung nicht zu deferiren.

A. Neben der nur eventuell zur Hand genommenen actio Pauliana, welche, weil sie nur unter bestimmten Voraussetzungen zu einer richterlichen Rescission gewisser Arten von Rechtsgeschäften führt und einer in integrum restitutio, wenn nicht gleich, doch analog ist, wesentlich darauf beruht, daß an sich und der Strenge des Rechts nach der Cridar noch zur Vornahme des betreffenden Geschäfts fähig und berechtigt gewesen sei, und daher dasselbe eigentlich die beabsichtigte Wirkung nach Maßgabe der sonst dafür geltenden Rechtsregeln sowohl für den Cridar und dessen Masse, als für den Dritten haben müßte, haben

1) Kläger von Anfang sich principaliter darauf gestützt, daß die hier in Frage stehende Ueberlassung von Waaren an den ursprünglichen Beklagten für null und nichtig zu erachten sei, und daß dieselben, wenn auch factisch in den Besitz des letzteren übergegangen und der Masse entzogen, doch de jure noch als dazu gehörig und im Vermögen des Cridars verblieben zu gelten hätten, daß daher die durch denselben bewirkte Veränderung und Verminderung des Activbestandes der Masse rechtlich so zu behandeln sei, als wäre sie überall nicht eingetreten.

In solcher Richtung hat nun allerdings

a) die Klagschrift, indem sie zugleich das später zugestandene und aus den Anlagen zur Klage und Vernehmlassung auch genügend erhellende Vorhandensein einer dem Beklagten an den Cridar aus der Zeit seines Geschäftsbetriebes zuständigen Darlehensforderung bestritt, oder doch in Zweifel zog, und indem sie der in dem beklagtischen Briefe vom 18. Januar von den übersandten Waaren vorkommenden Bezeichnung „zur Disposition gestellt" eine ungerechtfertigte Deutung dahin gab, daß Eigenthum an den zugesandt erhaltenen Waaren weder habe erworben werden wollen noch sollen, lediglich den vagen Ausdruck und unbestimmten Gesichtspunkt gebraucht und geltend gemacht, es habe zum Nachtheile der Gläubigerschaft „vor Ausbruch des Concurses", wie es an der einen Stelle, oder „während bestehender Insolvenz", wie es an einer anderen Stelle heißt, eine Verschleppung von Waaren stattgefunden, und es seien daher die „zur

Masse gehörigen Waaren", welche der Beklagte erhalten zu haben geständig wäre, oder der von ihm durch deren etwaigen Verkauf erlösete „Betrag" an die Vertreter der Masse „herauszugeben". Darnach gewinnt es den Anschein, als hätte man klägerischerseits nur hypothetisch, nämlich für den Fall, daß gar keine Darlehensschuld zwischen dem Cridar und Beklagten bestanden hätte, und daß folgeweise auch eine „Deckung" des letzteren durch Ankauf der Waaren und Anrechnung ihres Werthes auf jene Schuld nicht möglich gewesen wäre, von der eventuell ausdrücklich angestellten actio Pauliana absehen wollen, und als bildete das Fundament der Principalklage nicht sowohl die rechtliche Richtigkeit der zum Behuf und mit dem Erfolge einer Minderung seines Vermögens von dem Cridar getroffenen Dispositionen, als vielmehr das factische Nichtdasein jedes darauf berechneten und dazu geeigneten Rechtsgeschäftes, oder mit anderen Worten, als hätte, wie denn auch derartige Andeutungen im Verlaufe der Verhandlungen vorkommen, die hier fragliche Waarenzusendung und Entgegennahme für ein, auf Grund beiderseitigen Einverständnisses nur in die Form einer datio in solutum gebrachtes bloßes Scheingeschäft erklärt werden sollen. Hievon ausgegangen, entstände allerdings das Bedenken, ob nicht in dem replicando nachträglich geltend gemachten Umstande, daß nach erhobener Klage durch das Urtheil des Mannheimer Stadtamts vom 15. Mai 1852 der Anfang des Concurses und damit die Dispositionsunfähigkeit des Cridars auf den 13. December 1851 um mehrere Wochen, also vor der formellen Concurseröffnung vom 20./21. Januar 1852, sowie um 14 Tage vor der in Frage stehenden Waarensendung festgesetzt worden sei, die Nachschiebung eines ganz neuen und anderen Klagfundaments und damit eine wirkliche mutatio libelli zu finden wäre. Diese aber mit der Sententia a qua für zuläßig zu erklären, würde im Hinblick auf die Bestimmungen in

Reform I. 17. § 5

bloß um deßhalb, weil Einlassung auf das neue Factum in der Schlußerklärung noch möglich gewesen und wirklich erfolgt sei, nicht gerechtfertigt erscheinen. Denn ersteres würde, wenn genügend, das ganze Princip, daß eine nachträgliche mutatio libelli nicht Platz greife, beseitigen müssen; letzteres aber ist nur unter Protest gegen

Berücksichtigung des neuen Fundaments geschehen, und auch in voriger Instanz hat Beklagter diesen Widerspruch, obschon nur in der Form inhärirt, daß in der Recurrenz auf jenes Factum eine unstatthafte innovatio pendente lite liege.

Allein zuvörderst

b) ließe sich diesem replicarischen Vorbringen ein mehr declaratorischer Charakter wohl vindiciren.

Denn

α) einerseits besteht in rechtlichem Betrachte zwischen dem Falle, wo Jemand durch das äußerlich von dem Cridar vorgenommene Geschäft irgend welche Berechtigung weder hat gewinnen wollen noch sollen, und demjenigen, wo er solches nicht hat können, in Bezug auf Rückgewähr der veräußerten Objecte kein wesentlicher Unterschied. Anderntheils

β) hat schon die Klage, während doch bei bloßen Scheingeschäften oder im Falle einer Seitens des Dritten selbst eigenmächtig und ohne allen Vorwand Rechtens vorgenommenen Veränderung und Minderung des cridarischen Vermögens darauf nichts ankommen kann, ob solches vor oder nach formellem Ausbruch des Concurses, resp. bei schon evidenter oder noch zweifelhafter Insolvenz des Cridars stattgefunden habe, in der eben näher bezeichneten Weise darauf Bezug genommen, es sei die hier angefochtene Waarenverschleppung zwar vor Ausbruch des am 20. Januar 1852 erkannten Concurses, aber während bestehender Insolvenz geschehen. In Betracht kommt weiter

γ) daß die zu Mannheim wohnhaften Vertreter der Masse bei den gerichtlichen Schritten, welche sie auf Grund eines daselbst und nach dortigen Gesetzen eingeleiteten Gantverfahrens zur Constatirung und Realisirung der Activmasse unternahmen, zunächst nur von den Bestimmungen des badischen Rechts ausgehen konnten und deren Anwendbarkeit auch gegen auswärtige Concursinteressenten als unzweifelhaft betrachten mochten.

Auch sind

δ) diejenigen Verhandlungen, in deren Verfolg das in der Replik vorgelegte stadtamtliche Urtheil vom 15. Mai 1852 ergangen ist, nach Inhalt des letzteren schon im Herbste des Jahres 1851

und lange vor der jetzigen am 20. Januar 1852 erhobenen Klage, sowie vor dem am 30. December 1851 gegen den Cridar ergangenen Straferkenntnisse eingeleitet worden, auch schwerlich dem Beklagten, obwohl derselbe bei seinerseits unterbliebener Anmeldung zum Concurse weder officielle Mittheilung und Ladung von und zu demselben erhalten, noch sich selbst daran betheiligt hat, bei seinen nahen persönlichen Beziehungen zu dem Cridar ganz unbekannt geblieben, mindestens durften sie Seitens der Kläger ganz füglich als zu des Beklagten Kunde gelangt erachtet werden, welchem sie nach ihrer bestimmten, von demselben direct nirgends widersprochenen Angabe alsbald von dem Stadtamtsbescheide vom 15. Mai 1852 selbst außergerichtliche Mittheilung gemacht haben wollen und doch nur unter obiger Voraussetzung zu machen sich veranlaßt finden konnten.

Zu berücksichtigen ist endlich

ε) auch noch dies, daß die Klagschrift, obwohl ihr als Anl. 1 beglaubigte Abschrift des Gant-Eröffnungsbescheides vom 20., resp. 21. Januar 1852 beigelegt war, in welchem die von dem Beklagten vorzugsweise zu seinen Gunsten urgirte, dem Cridar gemachte Eröffnung, er sei „von heute an der Verwaltung seines Vermögens kraft Gesetzes verlustig," sich findet, dennoch kein Bedenken trug, ganz generell und ohne nähere Erläuterung die fragliche Waarensendung vom 27./30. December 1850 als „vor Ausbruch des Concurses" erfolgt zu bezeichnen.

So bewandten Umständen nach läßt sich die Qualification der Waarensendung als einer der Anfechtung mittelst der actio Pauliana nicht einmal bedürftigen, wenn auch eventuell gleichfalls derselben unterliegenden Verschleppung füglich auch dahin auffassen, daß dieselbe, wenn schon in etwas vager und unklarer Weise, zugleich um deßhalb für aller Wirkung und rechtlichen Bedeutung baar und ledig habe erklärt werden sollen und erklärt worden sei, weil nach der damals schon seit langer Zeit vorhandenen, wenn auch formell erst später constatirten Ueberschuldung der Cridar zu irgend welcher rechtsgültigen und wirksamen Disposition über sein Vermögen nicht mehr befähigt und befugt gewesene sei. Bei dieser Auffassung der Klagschrift aber würde das replicarische Vorbringen nur eine nähere Erläuterung und bessere Begründung des Principalklagantrags

sein, daß auch, abgesehen von dem (später als unbegründet von den Klägern zurückgenommenen) Zweifel, ob irgend welches ernstlich gemeinte Rechtsgeschäft zu Grunde liege, sowie abgesehen von den vorzugsweise zwischen den Parteien streitigen und verhandelten Fragen, ob sowohl an sich als auch erwiesen die besonderen quoad animum et conscientiam fraudis der Betheiligten zur actio Pauliana gesetzlich erforderten Voraussetzungen vorlägen, die de facto eingetretene Verminderung der Activmasse als völlig ungültig und rechtlich unwirksam sich darstelle, und durch Rückgewähr der Waaren, resp. ihres Erlöses zur Masse wieder beseitigt werden müsse.

Wollte man indessen den declaratorischen Charakter des hier fraglichen erst durante lite erfolgten Vorbringens anzuerkennen Bedenken tragen, so würde doch jedenfalls

c) dessen formell-prozessualische Stattnehmigkeit sich von dem Gesichtspunkte einer post litis contestationem entstandenen Replik rechtfertigen.

Für die Geltendmachung nämlich wirklicher Nullität der Rechtsgeschäfte gibt es weder eine bestimmte Klagform, noch bloß die Form der Klage, sondern es kann solche Nichtigkeit, je nach der rechtlichen und prozessualischen Stellung, welche die bei dem äußerlich gegebenen, innerlich pro non existente zu erachtenden Rechtsverhältnisse betheiligten Personen zu einander einnehmen, eben so gut via exceptionis als agendo zu richterlicher Entscheidung gebracht werden. Darnach muß aber auch, dem Prinzipe gemäß, daß die replica nichts anders sei, als eine exceptio exceptionis, die Relevirung einer wahren Nullität im Wege der Replik gestattet sein. So wenig nun dadurch, daß in der Klagschrift eine Replik anticipirt wird, an sich das Klagfundament selbst sich ändert oder erweitert, eben so wenig kann in der replikarischen Geltendmachung eines erst nach erhobenem Klaganspruche entstandenen Factums, obwohl auch dieses dadurch neben und mittelst der Zerstörung der Exceptionen mittelbar aufrecht erhalten wird, nachträgliche Substitution eines anderen, oder Mutation des ursprünglichen Fundaments der Klage gefunden werden. Es wird vielmehr auch in solchem Falle lediglich darauf ankommen, ob das die Replik begründende Factum die der Klage entgegengestellten Exceptionen wirklich und vollständig zerstört und bedeutungslos macht,

und dadurch den geltend gemachten Klaganspruch in voller Geltung beläßt oder mindestens von den ihm etwa anklebenden materiellen oder formellen Mängeln mit rückwirkender Kraft heilt.

Nun aber beruht einerseits im vorliegenden Falle die Defension des Beklagten theils darauf, daß er bestritt, es sei die fragliche Waarensendung nichts als eine bloß de facto ohne Rechtsgrund und ohne Rechtszweck herbeigeführte Beiseiteschaffung von Vermögensstücken gewesen, theils auf der Behauptung, daß die Waarenzusendung und Abnahme, weil auf einem wirklichen Rechtsgeschäfte und auf einem solchen beruhend, welches vor dem erst mit der formellen Concurseröffnung für den Cridar eintretenden Verluste der Dispositionsfähigkeit zur Perfection gelangt sei, und bei welchem die zur Rescission mit der actio Pauliana erforderlichen rechtlichen und factischen Voraussetzungen nicht zuträfen, vollkommen zu Recht beständig gewesen sei, und wirksam bleiben müsse — andererseits ist es klar, daß wenn sowohl an sich als dem Beklagten gegenüber in Folge des Mannheimer Stadtamtsbescheides vom 15. Mai 1852 der Verlust der Dispositionsfähigkeit als schon mit dem 13. December 1850 und ganz so eingetreten gelten könnte und müßte, wie wenn an diesem Tage schon die formelle Concurseröffnung ausgesprochen wäre, dann auch alle jene Streitpunkte in concreto jegliche rechtliche Bedeutung verlieren. Denn selbst in dem mit der Replik zugestandenen Falle, daß hier weder Eigenmacht, noch Collusion, noch bloße Scheinhandlung, also in diesem Sinne keine bloße factische Waarenverschleppung in Frage stehe und ebenso für den noch streitig gebliebenen Fall, daß nach der rechtlichen Natur und factischen Beschaffenheit des hier fraglichen Geschäfts entweder überhaupt dessen Rescissibilität nicht anerkannt zu werden vermöchte, oder es doch an den Voraussetzungen der actio Pauliana, resp. an deren Beweise fehlte, würde gleichwohl ohne Weiteres das Klagvorbringen seinem wesentlichen Inhalte und Gründen nach, daß nämlich die der Masse de facto entzogenen Waaren de jure als noch dazu gehörig anzusehen seien, und würde ebenso der darauf gestützte Antrag auf Verurtheilung zu deren Rückgewähr als wohlbegründet sich darstellen.

Hiernach und da überdies die actio Pauliana nur eventuell zur Hand genommen ist, concentrirt sich bei formeller Beachtsamkeit des

replikarischen Vorbringens und bei dessen sowohl unbestrittener als unzweifelhafter Liquidität die materielle Entscheidung vorzugsweise

2) auf die Frage, ob für den in Frankfurt wohnhaften Beklagten und vor den Frankfurter Gerichten der in Mannheim und auf Grund des dortigen Rechts erstrittene Stadtamts-Bescheid vom 15. Mai 1852 von rechtlicher Gültigkeit und Wirkung sei. In diesem Punkte konnte aber dem vom Beklagten erhobenen Widerspruche und der, obschon aus verschiedenen Gründen doch im Resultate übereinstimmenden Entscheidung der vorderen Gerichte nicht beigetreten werden.

Wenn in dieser Beziehung

a) das stadtgerichtliche Erkenntniß zu Gunsten des Beklagten vornehmlich dies geltend gemacht hat, daß derselbe nicht hinsichtlich der ihm zustehenden Forderung vor dem Concursgerichte zu Mannheim verhandelt und sich dadurch den dortigen Rechtsvorschriften unterworfen habe, so ist dabei die officielle Thätigkeit der Gerichte bei Eröffnung und weiterer Verhandlung der Concurse nicht gebührend gewürdigt, auch übersehen, daß die aus freiem Entschlusse hervorgegangene Nichtanmeldung Beklagtens zum Liquidationsprotokolle auch dessen Nichtcitation zu dem die Feststellung des Insolvenztermins betreffenden contradictorischen Verfahrens zur unvermeidlichen, aber der Gültigkeit des letzteren unpräjudicirlichen Folge haben mußte.

Mehr Anschein hat

b) der in der sent. a qua geltend gemachte Grund, daß wie wenig auch nach den in Baden und für das Concursgericht geltenden Gesetzen in formeller wie materieller Hinsicht die Rechtmäßigkeit und Rechtsgültigkeit des zu definitiver Feststellung des Concursanfangs bei dem Mannheimer Stadtamt eingeleiteten Verfahrens und ergangenen Urtheils sich in Abrede nehmen lasse, doch daraus noch nicht dessen volle und allseitige Wirksamkeit und verbindende Kraft für das Ausland und für alle jenen Gesetzen nicht schon an sich unterworfenen Concursinteressenten folge, namentlich dann nicht, wenn die vom Concursgerichte zur Anwendung gebrachten Rechtsbestimmungen und Rechtsformen sich im Vergleich zu demjenigen, was anderer Orten und insbesondere bei den für die betreffenden Personen und Geschäfte begründeten ordentlichen Gerichtsständen Rechtens ist, als singuläre Normen darstellen.

Denn allerdings dürfte es, ungeachtet der dem Concursverfahren nothwendig beizulegenden und überall vindicirten Universalität und Unität, und trotz der hieraus sich ergebenden Berechtigung des für den Cridar competenten Concursgerichts zu allgemeiner und durchgreifender Regelung der die Person des Cridars und die Masse betreffenden Schuld- und Rechtsverhältnisse

α. nicht in Abrede sich stellen lassen, daß solche auf die Insolvenzerklärung und deren Folgen für Gültigkeit und Wirkungen der cridarischen Vermögensverhältnisse bezüglichen Vorschriften, welche wesentlich prozessualischen Charakters sind (wie z. B. die in vielen Rechten vorkommende Bestimmung, daß für alle der Masse präjudicirlichen Geschäfte, die binnen einer gewissen Frist vor dem förmlichen Concursausbruche vorgekommen sind, eine praesumtio doli dahin eintrete, sie seien nur zur Benachtheiligung der Gläubiger und im Bewußtsein der Ueberschuldung sowohl, als der jenen daraus erwachsenden Benachtheiligung vorgenommen), zwar für das Concursgericht und dessen Verfahren maßgebend wären, auch gegen alle dem dortigen Rechte ohnehin unterworfenen Personen verbindende Kraft haben müßten, daß sie aber doch für die im Auslande und gegen Fremde im Interesse der Masse auf Grund der Concurseröffnung erhobenen Prozesse und Ansprüche nicht ohne Weiteres Anwendung finden könnten. Nicht minder wird

β. da, wo die Gesetze des Concursgerichts nur in Betreff einzelner bestimmter Arten von Geschäften Bestimmungen getroffen haben, um den Umfang und die Bedingungen ihrer Rechtsgültigkeit für die Masse oder ihrer Anfechtbarkeit im Gesammtinteresse der Concursgläubiger zu regeln, sich der Einfluß, welchen auf die Dispositionen dieser speciellen Gattung die materielle Insolvenz einer der dabei betheiligten Personen, oder der formelle Concursausbruch über deren Vermögen üben könne und solle, nicht lediglich und schlechthin nach den Gesetzen des Concursgerichts bestimmen lassen, sondern es würde wesentlich mit auf das Gesetz des Ortes ankommen, welchem nach seiner Entstehung oder Wirkung das fragliche Rechtsgeschäft, resp. der andere Contrahent nach seinen persönlichen und Vermögensbeziehungen in rechtlichem Betrachte zubehörig ist. Es werden daher auch derartige Gesetzesvorschriften unbedingte Anwendung nur dann

finden können, wenn für die in Frage stehenden Personen, Sachen oder Geschäfte, auch abgesehen von dem Concursausbruch, eine Zuständigkeit des Concursgerichts oder solcher Gerichte, die demselben Lande und Rechte angehören, sich begründen ließe.

Wenn nun aber auch dem badischen Landrechte, wie die Art. 210 flg. des Anhangs ergeben, hinsichtlich der kaufmännischen Concurse Bestimmungen der vorbezeichneten Kategorien nicht fremd sind, so kann es doch

γ. bei den hier in Betracht kommenden, den Art. 441 u. 442 des Code de Commerce entnommenen Art. 208 u. 209, sowohl nach deren Wortlaut als nach der Praxis der badischen Gerichte, so weit solche aus dem fraglichen Erkenntnisse vom 15. Mai 1852 selbst und aus

Mayer, Vorträge über gemeines und badisches Gantverfahren. Freiburg 1850. S. 35. 81.

sich entnehmen läßt, nicht minder nach der älteren, zwar nie ganz unbestritten gebliebenen,

vergl. Pardessus, droit commercial. § 119 flg. Bd. II.

aber doch nur durch ausdrückliche Gesetzgebung und erst im Jahre 1838 geänderten französischen Jurisprudenz keinem Zweifel unterliegen, daß dieselben eine allgemeine und unbedingte Dispositionsunfähigkeit des Cridars als die Wirkung der erfolgten richterlichen Feststellung des Concursausbruchs sanctioniren. Diese Unfähigkeit zu irgend welchen Rechtsgeschäften tritt mit dem Ganterkenntnisse, als dem formellen Anfangspunkte der Insolvenzerklärung, von selbst (de plein droit, von Gesetzes wegen) ein, soll aber, weil für solches neben und außer der eigenen Insolvenzanzeige des Falliten die Zahlungseinstellung das entscheidende Moment bildet und deren Ermittelung nicht sofort mit ausreichender Gewißheit eintreten kann, hinsichtlich ihres wahren Anfangspunktes nachträglich durch richterliches Erkenntniß festgestellt werden. Dasselbe darf jedoch nicht sowohl als eine Retrodatirung der formellen Concurseröffnung, noch als eine nun erst bewirkte Entziehung der Dispositionsfähigkeit aufgefaßt werden; sondern es hat einen rein deklaratorischen Charakter der Art, daß und von welchem Tage ab schon vorher eine Zahlungseinstellung vorgelegen habe, und daß sodann auch folgeweise die durch

Gesetz an solche geknüpfte und mit derselben eigentlich von selbst eingetretene Dispositionsunfähigkeit schon damals vorhanden gewesen sei.

Darnach handelt es sich bei diesen Vorschriften des badischen Rechts keineswegs bloß darum, ob und wann schon früher eine materielle Ueberschuldung und Zahlungsunfähigkeit vorhanden gewesen, vielmehr darum, ob solche Acte und Unterlassungen im Geschäfte des Cridars vorgekommen sind, welche einer ausdrücklichen Zahlungseinstellung oder eigenen Insolvenzanzeige gleich zu achten wären und daher eigentlich schon früher zu der formellen Concurseröffnung hätten führen sollen. Und eben so wenig stehen hierbei nur die vermögensrechtlichen Wirkungen der vom Cridar geschlossenen Rechtsgeschäfte oder materiellen Bedingungen ihrer Gültigkeit in Frage, sondern um die juristische Persönlichkeit selbst des Cridars handelt es sich und um dessen Befähigung zu irgend welchen mit jeder Vermögensverwaltung verbundenen Rechtsacten und zwar speciell, ähnlich wie bei einer Prodigalitätserklärung oder einer sonstigen Curatelbestellung, um deren, kraft des Gesetzes durch richterliches Decret herbeigeführte Entziehung oder Beschränkung.

Nun aber unterliegt bei allen den status betreffenden Fragen die ausschließliche Anwendbarkeit der s. g. statuta personalia, d. h. desjenigen Rechtes, welches am Wohnorte und je nach den persönlichen Verhältnissen der betreffenden Person Geltung hat, keinem Zweifel. Zugleich kann dieser status für jede einzelne Person nach allen Seiten hin und in Betreff aller Subjecte und Objecte, zu denen dieselbe in rechtlicher Beziehung steht, nur ein und derselbe sein und muß zu voller und gleichförmiger Wirkung kommen. Wenn und so weit daher nach jenen Personalstatuten Jemand der juristischen Handlungsfähigkeit entbehrt oder verlustig geht, muß auch die hieraus sich für ihn ergebende Ungültigkeit der gleichwohl mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte für diese gleichfalls, und zwar aller Orten und welchem Rechte immer dieselben sonst unterliegen, eintreten; und dies um so gewisser, als Berechtigung und Rechtsfähigkeit dessen, von welchem der für einen Andern beabsichtigte Rechtserwerb hergeleitet wird, auch für letzteren selbst unerläßliche und erste Bedingung ist. Gilt aber solchergestalt das die Dispositionsfähigkeit bestimmende Personalrecht des Betheiligten als maßgebend nicht bloß innerhalb,

sondern auch über die Grenzen des Landes hinaus, welchem derselbe angehört, so wird dem von dessen competenten Richter in legaler Form und auf Grund jenes Rechts ergangenen Erkenntniß oder sonstigen Gerichtsacte, durch welche die Dispositionsfähigkeit weniger entzogen oder beschränkt, sondern für, kraft des Gesetzes, überall nicht oder nicht mehr oder nur noch beschränkter Weise vorhanden erklärt ist, und welches den status nicht sowohl modificirt, als nur constatirt, gleichergestalt vor auswärtigen Gerichten und gegen dortige Gerichtsinsassen Geltung und Rechtskraft zugestanden werden müssen. Daran wird wenigstens so lange festzuhalten sein, bis die Nullität des Verfahrens und Erkenntnisses, durch welche diese declaratio status erfolgte, und die daraus sich ergebende Unfähigkeit zu rechtlich wirksamen Handlungen, resp. Nichtigkeit der de facto vorgekommenen Geschäfte ausgesprochen wurde, nachgewiesen zu werden vermöchte. Solches hat nun aber Beklagter vorliegend, abgesehen von dem unerheblichen Einwande seiner eigenen Nichttheilnahme an dem fraglichen Verfahren, nicht einmal zu behaupten vermocht, und so konnte es denn diesem Allem nach kein Bedenken haben, auf Grund des Mannheimer Stadtamts-Bescheides vom 15. Mai 1852 auch den Beklagten gegenüber davon auszugehen, daß die hier in Frage stehende Waarensendung, obwohl vor der formellen Concurseröffnung erfolgt, doch von einem nicht mehr dispositionsfähigen Cridar vorgenommen und darnach vollkommen null und nichtig gewesen sei.

Nothwendige Folge dieser Nichtigkeit ist die Verpflichtung der Beklagten zur Rückgewähr der ohne allen Rechtstitel in den Besitz ihres Vaters und Erblassers gelangten Waaren, und da solche verkauft sind, zur Herausgabe des Erlöses an die Masse, gegen welche die an den Cridar gehabten, aber bisher, weil vermeintlich schon getilgt, nicht im Liquidationstermine angemeldeten Darlehungsforderungen ihres Erblassers nachträglich noch zur concursmäßigen Berücksichtigung und Befriedigung zu verfolgen, den Beklagten natürlich unbenommen bliebe.

B. Auf eine Prüfung der bloß eventuell zur Hand genommenen actio Pauliana und auf die deßfallsigen, des Weiteren in den Verhandlungen der Parteien sowohl als in den vorderen Erkenntnissen erörterten und in ganz entgegengesetzter Weise entschiedenen Streit-

punkte näher einzugehen, war bei vorstehendem Ergebnisse der Prüfung unnöthig, ob nämlich einerseits, was mit der sent. a qua zu bejahen sein dürfte, nach gemeinem, resp. Frankfurter Rechte auch eine datio in solutum sowohl überhaupt, als insbesondere die hier in Frage stehende, einer Rescission mittelst obiger Klage unterliege, ob andererseits, was zu verneinen wäre und zu einer den Klägern in Uebereinstimmung mit ihrem in voriger Instanz gestellten Eventual-Gravamen und Antrage noch zu machenden Beweisauflage führen mußte, in vorliegendem Falle der animus fraudandi des alienirenden Cridars und die conscientia fraudis des Beklagten wirklich schon in voller Liquidität vorlägen, und sonach die concreten factischen Voraussetzungen schon jetzt zuträfen, an welche die Rescissibilität fraudatorischer Benachtheiligungen der Masse gebunden ist.

Wenn nun aber in Gemäßheit der an sich gerechtfertigten Condemnation in der sent. a qua

II. die an Stelle der Naturalrückgewähr tretende Geldleistung auf den Betrag, zu welchem der Cridar bei der Uebersendung der Waaren, deren Werth in dem (St.-G.-Acten [4]) ersichtlichen Verzeichnisse facturirt hatte, d. h. auf die Summe von fl. 2180. 50 kr. ganz in Gemäßheit des Klagpetiti festgesetzt worden ist, so konnte in diesem Betrachte die im Grav. II. von den Beklagten unternommene Beschwerdeführung nicht für unbegründet erachtet werden, wenn auch nicht ganz in dem beantragten Maße Beachtung finden.

In der ohne allen Widerspruch gegen gedachte Facturaansätze Seitens des ursprünglichen Beklagten erfolgten Annahme der Waaren kann nämlich weder überhaupt, noch vollends bei der damals gegebenen Sachlage, wo es demselben darauf ankam, so weit thunlich, die ihm gegen den Cridar zuständigen Forderungen durch Deckung zu retten, das Anerkenntniß gefunden werden, daß die angesetzten Preise den wahren, unter allen Umständen durch Verkauf zu erzielenden Werth der Waaren darstellten, auch ist im Laufe der Verhandlungen dies unter Berufung darauf, daß trotz aller sorgfältigen Bemühung doch nur ein Erlös von fl. 1200 bis 1300 aus den Waaren habe gewonnen werden können, bestimmt geleugnet worden.

Eben so wenig läßt sich mit der sent. a qua obiger Condemnationsbetrag daraus rechtfertigen, daß die Veräußerung als ein

dolo desinere possidere anzusehen sei. Ob dies von dem Standpunkte der sent. a qua aus, daß nämlich nur die actio Pauliana in Betracht komme und daß die conscientia fraudis des Beklagten ebenso in Liquidität stehe, als der animus fraudandi des Cridars sich aus dem von der Fakultät allegirten

§ 6. I. de action. (4. 6)

in Verbindung mit

L. 10. § 19. Dig. quae in fraud. credit. 42. 8.

der erheblichen Bedenken ungeachtet, rechtfertigen lassen, welche aus

L. 9. Dig. cod.

erwachsen, kann dahin gestellt bleiben. Jedenfalls wird, ausgegangen davon, daß die Unwirksamkeit der Waarensendung und die Rückgewährspflicht des Beklagten Folge des damals schon für den Cridar eingetretenen Verlustes der Dispositionsfähigkeit sei, nicht füglich von einer mala fides des Beklagten die Rede sein können. Denn dafür, daß ihm von Anfang an die hier entscheidende Bestimmung des badischen Landrechts bekannt gewesen sei, liegt nichts vor, und muß zugleich nach Lage der Sache angenommen werden, es sei die Weiterveräußerung noch vor Anstellung der Klage, jedenfalls aber vor Eröffnung der zu näherer Feststellung des Concursausbruches vor dem Mannheimer Stadtamte eingeleiteten Verfahrens erfolgt, so daß selbst die Wissenschaft des Beklagten um letztere keineswegs berechtigen würde, denselben als einen malae fidei possessor zu behandeln und den Verkauf als zur Vereitelung oder Erschwerung der Rückgewährspflicht erfolgt anzusehen. Es kann sonach den Klägern nur auf den wirklich gemachten Erlös ein Anspruch beigelegt werden, und in dieser Beziehung unterliegt auch deren Beweispflicht keinem Bedenken. Da nun Kläger der Erbringung dieses Beweises nur in so weit überhoben sind, als ein bestimmtes Zugeständniß über den Erlös vorliegt, solches aber bloß bis zu dem Betrage von fl. 1200 der Fall ist, so mußte, wie geschehen, bis dahin die Condemnationssumme gemindert und bloß den Klägern der Nachweis eines höheren Erlöses vorbehalten werden. Dabei war dieser Beweisnachlaß auf den wirklich gemachten Erlös zu beschränken, und nicht auch darauf, daß bei gehöriger Sorgfalt ein größerer sich hätte erzielen lassen, auszudehnen. Denn der ursprüngliche Beklagte muß zur Zeit

und nach dermaliger Actenlage als in bona fide versirend angesehen werden, und konnte auch den Klägern bei Incompatibilität der eventuellen Rescissions- und der principalen Nichtigkeitsklage, sobald, wie geschehen, der letzteren Folge gegeben wird, nicht weiter auf jene zu recurirren gestattet, und bloß etwa zur Erzielung einer höheren Condemnationssumme der Beweis alternativ mit dem obigen freigelassen werden, daß bei der null und nichtigen Waarensendung überdies noch eine fraudatio creditorum obgewaltet habe und auf Seiten Ponfick's eine conscientia fraudis vorhanden, derselbe sonach doch in mala fide gewesen sei.

III. Die in der sent. a qua erfolgte Verurtheilung zu Verzugszinsen vom Tage der Klage an, bedarf, zumal nicht mehr in jetziger Instanz angefochten, an sich keiner Rechtfertigung, und wenn Beklagte sich im Grav. III. beschwert haben, daß auch für die lange zwischen Vernehmlassung und Replik verstrichene Zeit ihnen solche Zinspflicht auferlegt sei, so genügt es, wegen Verwerflichkeit dieser Beschwerde darauf hinzuweisen, daß beklagtischerseits durch zeitiges Anrufen jener Säumniß im Repliciren ein Ende hätte gemacht werden können, jedenfalls aber auch in dieser Zwischenzeit der den Klägern gebührende Waarenerlös genutzt worden ist.

Die ungeachtet des noch in Aussicht stehenden Beweisverfahrens schon jetzt in Betreff der bisherigen Kosten erster Instanz gleich wie für die beiden oberen Instanzen erkannte Kostenvergleichung mußte, selbst abgesehen von der ad II. erwähnten Modification der sent. a qua, schon wegen der Zweifelhaftigkeit der Sache und weil den Motiven der vorderen Erkenntnisse in wesentlichen Punkten nicht beizutreten stand, vornehmlich aus dem Grunde angemessen erscheinen, weil das den Klägern günstige Resultat erst durch das ex post entstandene und erst replicando geltend gemachte novum herbeigeführt ist.

222.

Johann Daniel Schäfer, Kläger gegen **Ludwig Ant. Gerth,** Beklagten, Forderung aus Lieferungsgeschäften betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 26. März 1858.

In Erwägung, daß

1) die Einrede des unrechten Beklagten anlangend, zur Rechtsgültigkeit einer den delegirenden Schuldner liberirenden Delegation die ausdrückliche und vertragsmäßige Uebernahme der Schuld Seitens des Delegaten dem Gläubiger gegenüber sowohl nach gemeinem, als nach hiesigem Particularrechte erfordert wird,

l. 11. § 1. Dig. 46, 2.

l. 1. Cod. 8, 42.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. II. S. 422.

Ref. II. 24. § 10 u. 11.

Souchay, Anmerk. Bd. I. S. 518.

Beklagter aber nirgends mit klaren Worten behauptet hat, daß die namhaft gemachten Delegaten K. und St. in der bezeichneten Weise dem Kläger gegenüber in seine, Beklagtens, Verbindlichkeit aus dem Kaufgeschäfte vom 27. Juli 1857 eingetreten seien, die Angabe der Vernehmlassung „die fraglichen Weiterverkäufe beziehungsweise Cessionen und Delegationen seien dem Kläger angezeigt und von diesem ausdrücklich genehmigt worden," es vielmehr zweifelhaft läßt, ob diese Genehmigung nur dem die Anzeige machenden Beklagten oder aber, worauf es anzukommen hätte, auch den Delegaten gegenüber vom Kläger ausgesprochen worden sei; diese Unbestimmtheit seines Vorbringens Beklagtem jedoch nicht zum Vortheile gereichen darf, und wenn

auch in der weiter behaupteten Thatsache, Kläger habe mit St. wegen Abwickelung des Geschäftes Unterhandlungen gepflogen, der vertragsmäßig geschehene Eintritt des Delegaten St. in die Verbindlichkeit des Beklagten gefunden werden wollte, doch hierauf überall Nichts weiter ankommen kann, nachdem Beklagter den das Gegentheil hiervon bekundenden, vom Kläger in der Replik angegebenen Sachverhalt duplicando nicht zu verabreden vermocht hat; die Einrede des unrechten Beklagten hiernach unbegründet und verwerflich erscheint;

2) das der Klage zu Grunde liegende Kauf- und Lieferungsgeschäft, wie solches aus den Schlußzetteln erhellt, an sich nicht streitig ist, bezüglich des klägerischen Forderungsrechts aber in Betracht kommt:

> daß bei Kauf- und Lieferungsgeschäften die Verabredung einer bestimmten Zeit der Erfüllung in der Regel, sofern nicht die besonderen Verhältnisse des Falles eine Ausnahme begründen, im Sinne einer beigefügten Erlöschungsclausel aufzufassen ist, und die Wirkung hat, daß mit dem bestimmten Zeitpunkte das Recht des säumigen Contrahenten auf die Erfüllung erlischt, während der nicht säumige Contrahent sofort das Interesse verlangen kann,
>
> Thöl, Handelsrecht. Bd. I. § 87. S. 310.
>
> Souchay, Anmerk. Bd. I. S. 198.

hiernach, da das vorliegende Kauf- und Lieferungsgeschäft keinerlei Momente darbietet, um eine von der angegebenen abweichenden Auffassung der die Lieferungs- resp. Bezugszeit betreffenden Uebereinkunft zu rechtfertigen, Beklagter, der geständiger Maßen die erkaufte Frucht am 31. October 1857 nicht bezogen beziehungsweise zu deren Bezug sich nicht bereit erklärt hat, seines Rechtes aus fraglichem Kaufgeschäfte verlustig geworden ist;

das Gleiche indessen auch von dem Kläger gelten muß, insofern derselbe die Erfüllung der ihm obliegenden Leistung, in der durch die Sachlage bedingten Weise, am Lieferungstage gleichfalls unterlassen hat, Kläger nämlich nirgends zu behaupten vermochte, die Lieferung der Frucht am festgesetzten Tage (31. October 1857) dem Beklagten angeboten zu haben, dies Angebot jedoch erforderlich war, nicht sowohl um den Beklagten damit erst in mora zu versetzen, als viel-

mehr um den Eintritt seiner, des Klägers eigenen, aus dem fruchtlosen Ablaufe des Lieferungstages resultirenden mora, das Erlöschen seiner Ansprüche aus dem Vertrage abzuwenden;

Kläger zwar der Ansicht ist, daß ein Anerbieten der Lieferung darum nicht erforderlich gewesen sei, weil nicht er die verkaufte Frucht dem Beklagten zu überbringen, sondern letzterer dieselbe bei ihm zu beziehen gehabt habe; dieser Einwand jedoch grundlos erscheint, da der Umstand, daß Beklagter die Frucht übereinkunftsmäßig bei dem Kläger in Empfang nehmen sollte, nur auf die Ortsbestimmung, wo letzterer zu liefern hatte, von Einfluß war, nicht aber auf dessen Lieferungspflicht selber, aus jenem Umstande daher nur so viel folgen konnte, daß eine Verbaloblation für den Kläger genügte,

Sintenis, Civilrecht. Bd. II. S. 217 in f. u. 218.

keineswegs aber, daß es gar keiner Oblation bedurfte;

der Mangel eines ordnungsmäßigen Angebotes aber auch nicht durch die am 29. October klägerischerseits an den Beklagten gerichtete materielle Aufforderung zum Bezug der Frucht unter gleichzeitiger Dispositionsstellung dieser letzteren auf und bis zu dem Lieferungstage (31. October) ersetzt zu werden vermag, da nur eine rechtzeitige Oblation für den Schuldner von rechtlicher Wirkung ist, als rechtzeitiges Angebot aber nur dasjenige gelten kann, welches zu der bestimmten Zeit erfolgte, als der Gläubiger zur Annahme der angebotenen Leistung verpflichtet war,

Sintenis l. c. S. 219 sub 4.

eine solche Verpflichtung für den Beklagten aber am 29. October nicht bestand;

hiernach das in Rede stehende Kauf- und Lieferungsgeschäft in Folge des beiderseits unterlassenen Vollzuges desselben für beide Theile als erloschen zu betrachten ist, die auf Grund desselben beziehungsweise der Säumniß des Beklagten erhobene Klage somit der rechtlichen Begründung entbehrt, und ohne daß es noch eines Eingehens auf das weiter von beiden Theilen Vorgebrachte bedurfte, zu verwerfen ist,

aus diesen Gründen

wird Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe verwiesen und schuldig erkannt, dem Beklagten die verursachten Streitkosten nach vorgängiger Taxation zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 14. Juni 1858.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung, daß

I. was die Appellation des Klägers anbelangt,

1) nach der Verkaufsnote der letzte Tag des Monats October 1857 als der Bezugstermin des verkauften Weizen festgesetzt gewesen ist,

2) es einer Interpellation von Seiten des Verkäufers nicht bedurfte, um den Käufer in Verzug zu setzen, vielmehr dieser sofort mit Ablauf des gedachten Tages eintrat, an welchem der Käufer sich wegen der Empfangnahme der erkauften Frucht bei dem Käufer anzumelden gehabt hatte,

3) selbst hiervon abgesehen, die am 29. October 1857 an den Beklagten geschehene Aufforderung, den Weizen ultimo October zu beziehen, nicht als verfrüht und wirkungslos zu betrachten ist, da Kläger sich inhaltlich der vorgedachten Urkunde dem Beklagten gegenüber bereit erklärt hat, die verkaufte Waare zu liefern, während Beklagter unerachtet seiner am besagten 29. October 1857 ertheilten Zusage, die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, solcher nicht nachgekommen und daher seinerseits in Verzug getreten ist,

4) in dem Falle, wo es sich, wie vorliegend, um eine der Preisveränderung unterworfene Waare handelt, der Verkäufer berechtigt erscheint, den säumigen Käufer, statt auf Erfüllung des Vertrages, sofort auf Vergütung des Interesse, nämlich auf die Differenz zwischen dem stipulirten Kaufspreise und dem am Bezugstermine geherrscht habenden Marktpreise, zu belangen,

5) Kläger diesen Marktpreis auf fl. 9 per Malter, mithin die Differenz zwischen diesem und dem Kaufpreise von fl. 12. 30 kr. mit fl. 3. 30 kr. per Malter beansprucht, Beklagter dagegen diese Differenz nur auf höchstens fl. 1. 30 kr. zugestanden hat, wonach der Mehrbetrag von dem Kläger zu beweisen ist,

6) der Einwand des Beklagten, daß mit Genehmigung des Klägers ein Dritter zum Bezug und zur Bezahlung des verkauften Weizens delegirt worden sei, seine vollständige Widerlegung durch die Erklärung des Beklagten findet, welcher zu Folge derselbe sich

noch am 29. October 1857 bereit gezeigt hat, die verkaufte Waare ultimo October zu beziehen,

7) auch das weitere Vorgeben des Beklagten, Kläger habe nach dieser Zeit mit dem angeblich delegirten St. wegen einer Abfindung unterhandelt, unerheblich erscheint, da in einer solchen Unterhandlung ein Verzicht des Klägers auf seinen directen Anspruch gegen den Beklagten nicht gelegen haben würde,

8) die von dem Beklagten behauptete Fehlerhaftigkeit der Waare eben so wenig in Betracht kommen kann, da Beklagter nicht zu behaupten vermocht hat, letztere besichtigt zu haben, und überdies es an einer gehörigen Substantiirung der Mängel, womit die Waare behaftet sein soll, gebricht,

und

II. die **Appellation des Beklagten**, nach dem, was vorstehend bemerkt worden, sich als unbegründet herausstellt,

wird

A. das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. März 1858 dahin abgeändert:

Würde Kläger binnen einer von dem Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun:

daß der Marktpreis des Weizens 1857er Ernte reiner Waare per 200 Pfd. Zollgewicht am 31. October 1857 fl. 9 — oder wie viel mehr bis zu fl. 11 — betragen habe,

so soll in der Hauptsache, sowie wegen der Kosten erster Instanz weitere rechtliche Verfügung erfolgen;

B. die Kosten dieser Instanz werden compensirt und hat Appellat dem Appellanten die Hälfte der Kosten dieses Urtheils und des heutigen Protocolls zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Januar 1860.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das

Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 14. Juni 1858 dahin abzuändern sei,

daß Beklagter, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, zum Beweise der Einrede des unrechten Beklagten binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist, und zwar dahin,

daß und welchergestalt Kläger in Betreff aller Verbindlichkeiten aus dem Lieferungsgeschäfte vom 27. Juli 1857 den Handelsmann J. St. als seinen alleinigen Schuldner anerkannt habe,

annoch zuzulassen, und für den Fall der Führung dieses Beweises, als worüber vom Stadtgerichte weiter zu erkennen sein wird, was Rechtens, Kläger mit seiner Klage, soweit gegen Beklagten erhoben, abzuweisen, auch dem Beklagten die Kosten erster Instanz nach vorgängiger Taxation zu erstatten schuldig sei, für den Fall der Nichterbringung obigen Beweises aber es bei dem angefochtenen Erkenntnisse des Appellationsgerichts vom 14. Juni 1858 sowohl in der Hauptsache, als der Kosten halber, lediglich sein Bewenden zu behalten habe;

und wird nunmehr, unter Vergleichung der einen Hälfte der Kosten jetziger Instanz und Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte, die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

1) Die vom Beklagten schon in voriger Instanz trotz des für ihn günstigen Ausfalls der stadtgerichtlichen Entscheidung aufgestellte und jetzt im Grav. I. weiter verfolgte Beschwerde über Verwerfung seiner Einrede des unrechten Beklagten, konnte für völlig unbegründet nicht erachtet werden.

Zwar würde es

a) den vom Kläger aus dem Kaufhandel vom 27. Juli 1857 gegen den Beklagten als Käufer gewonnenen Rechten in keiner Weise zu präjudiciren vermögen, daß Letzterer den Weiterverkauf des ihm vom Kläger zu liefernden Weizens, an den Bäckermeister Kl., und ebenso dieser, den darüber mit dem Handelsmanne St. weiter ge-

schlossenen Kaufhandel in die Form eines Indossaments der vom Kläger für Beklagten ausgestellten Schlußnote gekleidet hat. Denn läge auch solchergestalt eine Cession der aus dem obigen Kaufgeschäfte für den Beklagten gegen den Kläger erwachsenen Rechte vor, welche für St., wenn er von dem Kläger Erfüllung, sei es außergerichtlich oder gerichtlich, verlangt hätte, oder wegen Nichterfüllung denselben in Anspruch nehmen zu können vermeinte, als genügende Legitimation anzuerkennen wäre, und sogar, wenn zur Kunde des Klägers gebracht, diesen als debitor cessus behindern würde, noch dem Beklagten als ursprünglichen Käufer und Cedenten gegenüber, die ihm als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten in einer zugleich den Cessionar bindenden und von weiteren Ansprüchen ausschließenden Weise zu erfüllen, so könnte doch selbst im Falle einer Denuntiation diese Cession der beklagtischen Rechte nicht die dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeiten alteriren.

Nicht minder würde

b) es den Rechten des Klägers, trotz solcher Cession und ihrer Denuntiation, ganz unpräjudicirlich sein, wenn in Folge dessen Beklagter als Cedent, oder einer der späteren Cessionare mit dem Kläger darüber in bloße Unterhandlung getreten wäre, den Weiterverkauf so behandeln zu wollen, wie wenn der ursprünglich mit dem Beklagten geschlossene Handel mit letzterem selbst direct getroffen worden wäre. Es ist daher, was Kläger replicando über die 8 Tage nach dem Ziele von dem Handelsmanne St. mit ihm Behufs Abwicklung des Geschäfts gepflogenen Verhandlungen angegeben und zugestanden hat, weil diese nicht zum Ziele geführt haben, sondern von Klägern zurückgewiesen sein sollen, und sonach bloße Tractate geblieben wären, als durchaus unerheblich anzusehen, und einer Beachtung nur dann werth, wenn solche

c) dahin gediehen sind, daß Kläger Einen der Abkäufer und Cessionare des Beklagten, sei es ausdrücklich oder durch völlig concludente Handlungen, als seinen fortan alleinigen Schuldner anerkannt, und dadurch den Beklagten aller demselben aus dem ersten Geschäfte obliegenden Verbindlichkeiten ebenso entledigt hätte, wie dieser durch die Cession und deren Denuntiation sich aller seinseitigen Rechte zum Besten der Abkäufer begeben haben würde.

Nun ist freilich vom Beklagten solches in Betreff des Bäckermeisters K., dessen zu den Acten gekommenes Attestat, vom 8. August 1857 sogar ausdrücklich nur den Beklagten als denjenigen bezeichnet, an welchen nach geschehener Lieferung die Zahlung des Kaufpreises erfolgen solle, überall nicht, und bezüglich des Handelsmannes St. auch nicht in so bestimmter und genau specificirter Weise, als eigentlich nöthig gewesen wäre, behauptet worden. Denn excipiendo hat Beklagter nur davon gesprochen, daß Kläger mit demselben gegen Ende Septembers und acht Tage nach erschienenem Ziele über die Abwicklung des Geschäfts Unterhandlungen gepflogen habe, und duplicando hat Beklagter außer der Bezugnahme auf Anl. C., welche nur das Factum der Cession beweisen könnte, und auf die bemerkten Unterhandlungen nur dies in factischer Beziehung noch geltend gemacht, daß Kläger von dem im August geschehenen Waarenverkauf durch den Makler Kenntniß erhalten, und Ende Septembers beim Beklagten von jener Anlage Einsicht genommen habe, was noch nicht eine mit Entlassung des Beklagten verbundene Anerkennung des neuen Käufers als alleinigen Schuldners involviren und constatiren würde. Allein in unmittelbarem Zusammenhange hiermit und unverkennbar so, daß dies als Anlaß und Zeitpunkt der des Beklagten Liberation enthaltenden Erklärungen und Handlungen Klägers bezeichnet werden soll, wird doch in der Duplik bestimmt behauptet, es habe sich Kläger stillschweigend und ausdrücklich an die neuen Schuldner, welche die Verbindlichkeiten des Beklagten zu erfüllen übernommen hätten, verweisen lassen. Daß solches aber erst duplicando geschehen, durfte als dem Beklagten präjudicirlich um deßhalb nicht erachtet werden, weil excipiendo wenigstens implicite durch die Behauptung, es seien jene Weiterverkäufe nicht bloß Cessionen, sondern auch Delegationen, und wie jene, so auch diese vom Kläger gutgeheißen, auch alles, was zum Wesen einer Delegation gehört, und nothwendige Voraussetzung derselben ist, sonach auch dies, es hätte Kläger die in des Beklagten Stelle eingetretenen Cessionare, als seine nunmehrigen Schuldner unter Liberation des Beklagten anerkannt, für mitbehauptet um so mehr anzusehen ist, als die Art und Weise, wie die mit St. gepflogenen Unterhandlungen durch ein „sogar" an jene klägerische Gutheißung der Cessionen und Delega-

tionen angeknüpft wird, darauf hinweiset, oder doch zu der Auffassung berechtigt, es habe Beklagter hierin nicht den alleinigen, sondern nur einen verstärkten Beweis gedachter Gutheißung und weniger deren Grund als eine Folge derselben gefunden und angeben wollen.

Hiernach und da auch

d) die vom Beklagten auf die notarielle Bezugsaufforderung vom 29. October ertheilte Antwort zwar sehr entschieden darauf hinweiset, es habe derselbe sich selbst noch für den Schuldner Klägers angesehen, indessen doch, wenn eine Delegation als damals bereits erfolgt anderweit erwiesen zu werden vermöchte, ihrer Fassung nach mit solchem Eintritt eines anderen Schuldners nicht schlechthin unvereinbar wäre, jedenfalls aber für unerheblich zu erachten sein würde, wenn erst bei den nach erschienenem Ziele mit St. gepflogenen Verhandlungen Kläger diesen als seinen nunmehr alleinigen Schuldner anerkannt haben sollte, erschien es

e) eben so gerechtfertigt, als bei dem Leugnen des Klägers unvermeidlich, über die angeblich eingetretene Delegation annoch dem Beklagten einen Beweis offen zu lassen, dessen Beschränkung auf die Person des Handelsmannes St., da in solcher Richtung nur seiner in dem exceptivischen und duplicarischen Vorbringen speciell gedacht ist, so wenig besonderer Rechtfertigung bedarf, als dessen Fassung, oder daß für den Fall des Erbringens Kläger mit seinen Ansprüchen so weit zurückgewiesen ist, als er sie gegen den Beklagten selbst erhoben hat.

Bei diesem Resultate und bei der Ungewißheit, ob Beklagtem jene den Legitimationspunkt betreffende und in so fern präjudicielle, daher auch vorweg zu instruirende Beweisführung gelingen werde, waren denn auch alsbald

2) dessen anderweiten Beschwerden, ob etwa diese zu einer gänzlichen Herstellung des Stadtgerichtserkenntnisses, oder einer Modification der sent. a qua führen möchten, einer Prüfung zu unterziehen. In dieser Hinsicht war indeß nicht bloß beiden vorderen Urtheilen darin beizutreten, daß sie die weitere Einrede des Beklagten, es sei die zur Erfüllung des Handels angebotene Waare nicht empfangbar gewesen, als nicht gehörig substantiirt verworfen, und zu einer Beweisauflage, die Beklagter in jetzigem Grav. IV. verlangt,

nicht geeignet erachtet haben, sondern auch in den übrigen von den Grav. II. und III. betreffenden Streitpunkten, welche in den vorderen Instanzen eine verschiedenartige Beurtheilung gefunden haben, konnte es kein Bedenken haben, sich dem Appellationsgerichtserkenntnisse sowohl in deciso als in dessen Ausführungen anzuschließen, zu denen mit Rücksicht auf die im jetzigen Libelle vom Beklagten dagegen erhobenen Bedenken dies zu bemerken genügt, daß selbst, wenn im Allgemeinen, oder nach Frankfurter Platzgebrauch Geschäften vorliegender Art mit fixem Termine eine stillschweigende clausula cassatoria als innewohnend zu erachten wäre, doch vorliegend die am 29. October, also nur 2 Tage vor dem Stichtage notariell erfolgte Aufforderung zur Abnahme und Anerbietung zur Lieferung des Weizens um so gewisser den Eintritt der mit solcher clausula an sich verbundenen Wirkung ausgeschlossen haben würde, als einerseits dieses vorgängige Anerbieten im eigenen Interesse des Beklagten lag, welcher die Abholung des Weizens zu beschaffen hatte, und sonach leicht zu nutzlosen und kostspieligen Vorbereitungen hätte veranlaßt werden können, wenn nicht zum Voraus constatirt wurde, ob es auch zur Lieferung kommen werde; als andererseits die Real-Oblation der abzunehmenden Waaren, auf deren Unterbleiben vor Allem Beklagter sich gestützt hat, bei einem Quantum Getreide, wie das hier in Frage stehende, schwer de facto ausführbar gewesen wäre, jedenfalls aber de jure, weil der richtigen Ansicht nach, gemeinrechtlich zur Begründung der mora debitoris nicht unbedingt erforderlich und nach Frankfurter Gerichtspraxis

vergl. Bender, Handbuch 2c. § 99 sub. h.

selbst bei Lieferungsverkäufen über Staatspapiere unwesentlich, ohne Eintrag für die Rechte des Klägers als Verkäufers und für die dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeiten unterbleiben durfte.

3) Das wegen der in voriger Instanz erkannten Kosten-Compensation vom Beklagten erhobenen Grav. V. ist so offenbar grundlos, daß es keiner weiteren Rechtfertigung der angegriffenen Entscheidung bedarf, und erscheint es nicht minder überflüssig, die in Betreff jetziger Instanz mit Rücksicht auf partielle Abänderung der sent. a qua verfügte Vergleichung der halben Kosten näher zu motiviren.

223.

Dr. **Carl von Lersner**, Kläger und Appellant gegen **Georg Dreßler** und Ehefrau, Elisabethe, geb. Krämer, Beklagte und Appellaten, Aufhebung eines Pachtvertrages betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Januar 1860.

Da der Kläger die in voriger Instanz aufgestellte Beschwerde,

daß seine Entschädigungsforderung wegen verspäteter Heu- und Strohlieferung der Beklagten angebrachter Maßen verworfen worden sei,

gegenwärtig nicht wieder mit erneuert hat, so handelt es sich in der Hauptsache lediglich darum, ob jener angeblich verspäteten Lieferung wegen der unter den Parteien bestehende Pachtcontract vom 2. Juli 1855 für aufgehoben zu erklären sei, oder nicht.*) Die beiden vorigen

---

*) Der § 12 dieses Vertrages lautet:

Es wird hier ausdrücklich festgesetzt, daß vorstehender Geld- und Naturalpacht, wie auch alle übrigen Leistungen auf keine Weise der Pachtherrschaft vorenthalten, noch mit Arrest bestrickt, noch illiquide Posten auf obige Obliegenheiten zugerechnet werden dürfen, noch ein Nachtheil daraus erwachsen darf, sondern jedes zur gehörigen Zeit abgeliefert werden muß — widrigenfalls die Pachtherrschaft befugt ist, 30 Tage nach der nicht zur festgesetzten Zeit bezahlten vollen Pachtrate, 5% jährige Zinsen zu begehren, auch den Pachtcontract alsbald aufgehoben anzusehen — ohne daß die Pächter an einige Schadloshaltung, wie solche Namen haben mag, Anspruch zu machen befugt seien, sofort

Instanzen haben den auf die Vertragsaufhebung gerichteten Klaganspruch definitiv abgewiesen, während der Kläger in seiner nunmehr wiederholten deßhalbigen Beschwerde verlangt, daß der Klagbitte alsbald entsprochen, eventuell wenigstens auf einen von ihm zu führenden Beweis erkannt werde.

Es mußten jedoch die vorigen Urtheile bestätigt werden, ohne daß in die allerdings zweifelhafte Frage eingegangen zu werden brauchte, ob die Beklagten, indem sie die vom Kläger für die fragliche Heu- und Strohlieferung gesetzte Frist (seiner Angabe nach bis zum 5. November 1858) nicht einhielten, deßhalb als in Verzug befindlich anzusehen seien. Es kommt nämlich

I. in Betracht, daß die Beklagten wenige Tage nachher, am 9. November, mit der Lieferung den Anfang machten, und wenn sie auch an diesem Tage nur das Stroh nach Frankfurt gebracht und nicht auch das Heu angeboten haben sollten, doch am 19. November, noch vor der Einlassung auf die Klage, beide Gegenstände, wie nach dem Geständniß des Klägers feststeht, realiter angeboten haben. Es kann unerörtert bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen ein an den Verzug geknüpfter vertragsmäßiger Nachtheil im Allgemeinen durch eine purgatio morae abgewendet werden könne. Denn es kommt dabei zunächst immer darauf an, ob der Inhalt des Vertrages eine solche Strenge mit sich bringe, daß der festgesetzte Nachtheil mit dem Moment des Verzuges unbedingt und ohne Rücksicht auf eine Nachholung der versäumten Leistung einzutreten habe, und diese Frage mußte für den vorliegenden Fall verneint werden. Angenommen nämlich, daß die Clausel in § 12 des Pachtvertrages, wonach der Verpachter wegen nicht zu gehöriger Zeit erfüllter Verbindlichkeiten

---

die Pächter außer Pacht zu setzen, gegen sie mit unklausulirtem Zahlungsbefehle von Richteramtswegen executive zu verfahren, und in Betreff des der Pachtherrschaft ebenfalls zu erwachsenden Schadens oder rückständigen Pachtes sich aus der gestellten Caution, Schiff und Geschirr, Vieh und sonstigem Vermögen des Pachters, wo es auch gelegen sein mag, bezahlt zu machen, berechtigt sein soll — ohne daß dem Pachter dagegen Abschlagszahlung, Compensation oder Abrechnung und dergleichen Ausflüchte, welchen Pächter hiermit feierlich und ausdrücklich entsagen, zu statten kommen oder sie liberiren sollen.

der Pachter zur Aufhebung des Pachtvertrages berechtigt sein soll, auch auf die Naturalleistungen und jede einzelne derselben zu beziehen wäre, so würde es doch nicht als von den Contrahenten beabsichtigt angesehen werden können, daß mit dem dabei gebrauchten Ausdruck „alsbald" in voller Schärfe der Moment habe bezeichnet werden sollen, wo irgend eine Leistung, wenn auch noch so unbedeutend, verspätet worden ist. Der Zweck der Bestimmung konnte nur der sein, für die gehörige Erfüllung aller Leistungen der Pachter eine erhöhte Sicherheit zu gewähren; wenn daher dieser Zweck in Bezug auf eine einzelne Leistung bereits erreicht ist, ehe es zum gerichtlichen Verfahren über die angedrohte Aufhebung des Pachtvertrages kam, und es sollte dennoch dieser Nachtheil bloß wegen der Verspätung der nachgeholten Leistung eintreten, so hätte es dazu einer sehr präcisen und ausdrücklichen Festsetzung bedurft. An einer solchen Bestimmung fehlt es aber, und sie läßt sich auch nicht mittelbar aus dem Inhalte des Vertrages als Willensmeinung der Contrahenten folgern, indem es vielmehr sehr unwahrscheinlich ist, daß bei einer auf 18 Jahre abgeschlossenen Pachtung eine derartige über den Zweck hinausgehende Anwendung des Auflösungsrechtes habe gestattet werden sollen, und überdies die für die wichtigste Leistung des Pachters, das Pachtgeld, gegebene Vorschrift, daß der Lauf der Verzugszinsen erst 30 Tage nach dem Verfalle beginnen soll, damit nicht wohl harmonieren würde. Es kommt hinzu, daß auch in dem Falle, in welchem bei Erbpacht oder Zeitpacht gesetzlich das Recht besteht, den Pachter wegen Verzuges in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten vor der Zeit auszutreiben, eine in kurzer Zeit erfolgende Nachholung der schuldigen Leistung als wirksam zur Abwendung jenes Nachtheiles ausdrücklich anerkannt ist,

c. 3 und 4 X. de locato (3. 18).

und daß im Zweifel die Analogie dieser gesetzlichen Bestimmung dem Vertrage als ergänzend zu Grunde gelegt werden muß. Am wenigsten würde es aber gerechtfertigt sein, das Aufhebungsrecht des Verpachters in der bezeichneten Strenge selbst bei solchen Leistungen anzunehmen, für welche, wie bei den hier fraglichen, kein fester Termin im Contracte selbst vorgesehen ist, sondern deren Verfall mehr oder weniger von der einseitigen Bestimmung des Verpachters abhängt. Denn wenn

auch im einzelnen Falle die dem Pachter gewährte Frist demnächst vom Richter als ein modicum tempus und der Ablauf derselben als zur Begründung rechtlichen Verzuges geeignet anerkannt werden sollte, so kann doch von dem Pachter nicht vorausgesetzt werden, daß er das Resultat des richterlichen Ermessens genau habe vorhergesehen, und somit auch für diesen Fall auf die angedrohte Auflösung des Pachtvertrages, ohne Rücksicht auf eine sofortige Nachholung des Versäumten, habe gefaßt sein müssen, wie es doch bei diesem eingreifenden Nachtheile nach Sinn und Zweck der Vertragsclausel erforderlich wäre.

Könnte aber nach der bisherigen Ausführung noch ein Zweifel bleiben, so ist es doch

II. jedenfalls entscheidend gegen den Kläger, daß die in § 12 des Vertrages bedungene Auflösung des Pachtverhältnisses, wie die Beklagten mit Recht geltend machen, nur auf den Fall unterbliebener Zahlung des Pachtgeldes, nicht auf den einer unterbliebenen Leistung von Naturalien bezogen werden kann.

1) Für die Beschränkung der fraglichen Clausel auf Nichtberichtigung des Pachtgeldes spricht schon der Wortlaut des § 12. Allerdings ist im Eingang vom Geld- wie vom Naturalpacht gleichmäßig bestimmt, daß ein Vorenthalten der Leistungen nicht stattfinden dürfe, sondern „Jedes zur gehörigen Zeit abgeliefert und geleistet werden" müsse. Allein daraus folgt nicht nothwendig, daß auch der mit „widrigenfalls" beginnende Nachsatz sich auf beide Arten der Leistung beziehen müsse. Die Contrahenten konnten sich sehr wohl in diesem Nachsatze darauf beschränken, nur die Hauptleistung der Pachter, das vierteljährige Pachtgeld, durch eine besondere Strafbestimmung sicher zu stellen, und konnten hinsichtlich der übrigen Prätationen den Eintritt der gesetzlichen Folgen der Nichterfüllung stillschweigend zu Grunde legen. Der Vertrag litt dadurch nicht an seiner inneren Vollständigkeit, weil die gesetzlichen Folgen der mora sich von selbst verstehen; und nur äußerlich tritt bei der durch das Wort „widrigenfalls" vermittelten Verbindung mit dem Vordersatz eine scheinbare Lücke hervor, die jedoch, da ähnliche Satzwendungen häufig vorkommen, in einem stylistisch nicht immer sorgfältig abgefaßten Documente, wie dem vorliegenden, nichts Auffallendes hat.

Daß nun aber der Nachsatz wirklich nur die Nichtentrichtung des Pachtgeldes zum Gegenstande haben sollte, muß wegen der Worte

„dreißig Tage — Zinsen zu begehren“

mindestens als höchst wahrscheinlich betrachtet werden, daß diese Worte nur auf die vierteljährigen Pachtzahlungen gehen, kann nach Inhalt und Ausdrucksweise keinem Zweifel unterliegen, und wird vom Kläger selbst angenommen. An diese Worte schließt sich aber die jetzt fragliche Clausel,

„auch den Pachtcontract alsbald aufgehoben anzusehen,“

unmittelbar an, so daß sie sich nur als Fortsetzung der Bestimmung über eine, länger als 30 Tage unterbliebene Zahlung der vollen Pachtrate, als weiterer Nachtheil für eben diesen Fall darstellt. Allerdings ist es möglich, die Clausel auch auf die vorhergehende Vorschrift, daß Jedes zur gehörigen Zeit geleistet werden müsse, zurückzubeziehen. Es wäre dies aber eine weit gezwungenere Satzverbindung, welche im Zweifel nicht vorausgesetzt werden kann; denn einmal müßte bei dem „auch“ im Gegensatze zu dem unmittelbar vorher genannten speciellen Fall der unterbliebenen Pachtgeldzahlung subintelligirt werden: „in allen Fällen einer nicht zu gehöriger Zeit beschafften Leistung;“ und dann weist das „alsbald“ am nächsten und natürlichsten auf den Ablauf der eben bezeichneten 30tägigen Frist hin, während ein Zurückbeziehen auf die Verspätung irgend einer Leistung nur durch Ueberspringen des nächsten Vordersatzes möglich wird. Wäre es wirklich die Absicht gewesen, die Clausel von Aufhebung des Pachtvertrages für sämmtliche Leistungen der Pachter gelten zu lassen, so hätte dies ohne Erweiterung der Worte einfach dadurch klar gemacht werden können, daß man sie nach den Worten: „widrigenfalls — — — befugt ist“ zuerst aufgestellt und dann erst die Verzinsung des Pachtgeldes nach 30tägigem Verzuge mit einem „auch“ oder „und“ angeschlossen hätte; und es wäre dies um so mehr zu erwarten gewesen, da die Aufhebungsclausel im Vergleiche zu der Verzinsung die allgemeinere und wichtigere Bestimmung war. Daß aber gerade die umgekehrte Ordnung gewählt worden ist, kann nicht als bedeutungslos angesehen werden, und spricht augenscheinlich dafür, daß man die Clausel als mit von dem Ablaufe der 30 Tage abhängig und folglich nur für den Fall unterbliebener

16*

Zahlung der „vollen Pachtrate" geltend aufgefaßt hat. Auch ist bei dieser Beschränkung das Vorausgehen der Verzinsungsclausel nicht mehr auffallend, da, wenn blos vom Pachtgelde die Rede war, es sehr natürlich erschien, zunächst die regelmäßige gesetzliche Folge des Verzuges zu erwähnen und näher zu reguliren, und dann erst darauf überzugehen, daß der Verpachter auch weiter gehen und die Aufhebung des Pachtvertrages begehren könne.

Diese Auslegung wird aber

2) auch noch durch folgende weitere Gründe unterstützt:

a) Mit Recht ist schon vom Stadtgericht darauf hingewiesen worden, wie unwahrscheinlich es sei, daß die Parteien übereingekommen sein sollten, bei Verspätung einer jeden, auch der geringsten Natural-Präſtation die sofortige Befugniß des Klägers zur Aufhebung des ganzen auf 18 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrages eintreten zu lassen. Hätte der § 12 diesen Sinn, so müßte consequent die Befugniß dem Kläger auch zustehen, sobald die Pächter einmal mit der geringfügigsten Milch-, Rahm- oder Brodlieferung im Rückstand blieben. Eben so unwahrscheinlich ist es, daß das Aufhebungsrecht sowohl bei Geld- wie Naturalleistungen durch jede noch so geringe Verspätung hätte begründet werden sollen, auch wenn man dabei nach dem Obigen eine purgatio morae als ſtatthaft vorausgesetzt; während bei der hier gebilligten Auslegung selbst das Unterbleiben der Hauptleistung der Pachtgeldzahlung erst nach 30tägigem Verzug das Aufhebungsrecht begründet. Und eben hierdurch erklärt sich auch, daß die Verzinsung erst nach 30 Tagen beginnen soll, eine Bestimmung, die bei der Auslegung des Klägers als eine Sonderbarkeit dastehen würde.

b) Für den Verzug in der Leistung der Brennmaterialfuhren ist in § 11 sub e ausdrücklich ein anderer vertragsmäßiger Nachtheil, nämlich eine Conventionalstrafe von fl. 15 für jede Fuhr, festgesetzt worden.

Daß der Kläger etwa zwischen dieser Conventionalstrafe und der Aufhebung des Pachtvertrages die Wahl haben solle, dafür findet nicht die mindeste Andeutung, und es muß dies vielmehr durch die Fassung der Bestimmung § 11 sub e für ausgeschlossen gehalten werden. Hiernach hat der Kläger in diesem besonderen Verzugs-

falle nicht das Recht zur Aufhebung des Pachtes, und es hätte in § 12 eines Vorbehaltes dieser Ausnahme bedurft, wenn die Aufhebungsclausel wirklich für die Natural-Prästationen mit hätte gelten sollen.

c) Der § 13 des Pachtvertrages, dessen Text, wie er von den Beklagten in der Vernehmlassung angegeben wurde, von dem Kläger nicht bestritten worden ist, bestimmt: daß die daselbst bedungene Caution, sobald beim vierten Pachtziele eines Jahres der ganze Jahrespacht in baar und Naturalien nicht vollständig entrichtet worden sein sollte, der Pachtherrschaft, soweit die Schuldigkeit reicht, verfallen sei, und daß in einem solchen Falle der Verpachter das Recht habe, den Pächtern sofort und spätestens am 30. Juli jeden Jahres zu kündigen, worauf alsdann Pachter verpflichtet seien, mit dem darauf folgenden Petritag das Hofgut unweigerlich zu räumen. Diese Festsetzung eines näher normirten Kündigungsrechtes wäre nicht wohl erklärlich, wenn dem Kläger wegen jeder in Rückstand gebliebenen Natural-Prästation schon die Befugniß zu sofortiger Aufhebung des Pachtvertrages eingeräumt wäre. Zwar ließe sich die Meinung des Klägers vertheidigen, es stehe ihm die freie Wahl zu, von dem einen oder anderen Recht Gebrauch zu machen, und bei dieser Annahme wäre das Kündigungsrecht kein geradezu zweckloses, da es dem Kläger von Interesse sein kann, wenn er mit den Pächtern unzufrieden und zur Beendigung des Contractes entschlossen ist, sie doch noch ein ganzes Pachtjahr aushalten zu lassen. Allein das Kündigungsrecht des § 13 verhielte sich dann nur wie ein Zusatz und eine nähere Bestimmung zu der Aufhebungsclausel des § 12, und es wäre nicht wohl begreiflich, warum dasselbe ganz getrennt davon, wie etwas durchaus Selbstständiges und ohne irgend eine Andeutung der dem Verpachter zustehenden Wahl hingestellt worden wäre. Ganz anders ist dies dagegen, wenn man davon ausgeht, daß die Aufhebungsclausel des § 12 sich nur auf das Pachtgeld beziehen sollte. Dann erklärt sich die selbstständige Disposition des § 13 einfach daraus, daß ihre Hauptbedeutung darin bestand, dem Verpachter noch eine Sicherung für die vollständige Entrichtung der Natural-Prästation zu geben. Man wollte es in Ansehung dieser Prästation nicht bei den in § 12 zunächst voraus-

gesetzten gesetzlichen Nachtheilen der mora bewenden lassen, vielmehr auch ihretwegen dem Verpachter ein Recht zur Aufhebung des Pachtvertrages einräumen, jedoch nicht in der Strenge, wie bei unterbliebener Zahlung des Pachtgeldes, sondern nur, wenn die Natural-Präſtationen noch bis zum vierten Pachtziele nicht vollständig entrichtet würden, und nur in den Schranken des näher normirten Kündigungsrechtes. Damit treten die beiden Bestimmungen der §§ 12 und 13 in ein verständliches und sachgemäßes Verhältniß; wie der Verpachter, wenn die Zahlung einer Pachtgeldrate 30 Tage lang im Rückstand bleibt, zur sofortigen Aufhebung des Vertrages berechtigt wird, so soll er wegen Nichterfüllung einzelner Natural-Präſtationen zwar zunächst nur die gesetzlichen Folgen der mora für sich in Anspruch nehmen, bei einem bis zum vierten Pachtziel fortgesetzten Verzuge aber auch zur Kündigung des Vertrages mit dem Ablauf des nächsten Pachtjahres schreiten dürfen.

3) Endlich würde, wenn die bisherigen Gründe nicht schon mit Sicherheit ergäben, in welchem Umfang die Aufhebungsclausel des § 12 zu verstehen sei, gegen den Kläger die Regel zur Anwendung kommen müssen, daß bei unklaren Stellen in Pachtverträgen der dem Verpachter ungünstigere Sinn anzunehmen ist, weil der Verpachter die Bedingungen des Vertrags aufzustellen hat,

l. 39 D. de pactis (2, 14).

wie denn auch der Kläger in jetziger Instanz selbst angibt, daß er die Aufnahme der fraglichen Clausel in § 12 veranlaßt habe, um sich die Entrichtung der Naturalien zu sichern.

War hiernach die Abweisung der Klage völlig gerechtfertigt, so stellte sich auch die Beschwerde des Klägers über seine Verurtheilung in die Kosten erster und zweiter Instanz als unbegründet dar, und mußte derselbe in die Kosten gegenwärtiger Instanz gleichfalls verurtheilt werden.

224.

Dr. **Siebert** als Curator und Contradictor der Carl Heyne'schen Debitmasse, Liquidat und Appellant gegen Dr. **Haag** als Vertreter der minderjährigen Kinder erster Ehe des Cridars C. Heyne, Liquidant und Appellat, mütterliches Vermögen betreffend.

Vorbemerkung.

Der Cridar Heyne hatte s. Z. vor der Commission des Stadtgerichts II. bei Instruirung mehrerer Vergünstigungsversuche, das mütterliche Vermögen seiner minderjährigen Kinder erster Ehe auf den Betrag von fl. — berechnet, und solches durch Bestellung einer Hypothek von gleichem Betrage auf einer ihm zustehenden Behausung gesichert. — Bei Liquidation dieses Vermögens gegen die Heyne'sche Concursmasse war seitens des Massecurators die Einrede, daß sich der Cridar bei Berechnung des fraglichen, mütterlichen Vermögens und insbesondere bei Aufstellung der ersteheligen Errungenschaft geirrt habe, opponirt, und der desfallsige Beweis dem Massecurator nachgelassen worden.

Die gegen diese Beweisauflage erhobene Appellation wurde vom Ober-Appellationsgerichte durch Urtheil vom 23. Februar 1860 zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts.

Die in voriger Instanz aufgestellte und gegenwärtig wiederholte Beschwerde des Appellanten, daß ihm der Beweis der Irrthümlichkeit der vom Cridar vor dem Stadtgerichte II. gemachten

Angaben über eine ersteheliche Errungenschaft von fl. — und nicht vielmehr dem Appellaten der Beweis: daß in erster Ehe eine Errungenschaft von fl. — oder wie viel weniger vorhanden gewesen, auferlegt worden sei, stellt sich als unbegründet dar. Für die Beweispflicht des Appellanten ist

A. schon der Umstand entscheidend, daß der Cridar zu einer Zeit, wo er noch vollkommen dispositionsfähig war und unter Umständen, welche den Verdacht einer Collusion zum Nachtheile der Gläubiger ausschließen, seinen Kindern erster Ehe zur Sicherung ihres mütterlichen Vermögens „für und um fl. —," — welche Summe der früher von ihm aufgestellten Berechnung jenes Vermögens entspricht und unter andern auf der Annahme einer ersteheliehen Errungenschaft in den Beträgen von fl. — und resp. fl. — beruht — eine Hypothek bestellt hat. In der Bestellung einer Hypothek für eine gewisse, zugleich ihrer Höhe nach bezeichnete Schuld liegt eine vertragsmäßige Anerkennung der Existenz und Größe dieser Schuld, die den Gläubiger des in dieser Beziehung noch zu führenden Beweises überhebt. Allerdings hat der Cridar in den der Errichtung der Hypothekurkunde unmittelbar vorausgegangenen Verhandlungen die Richtigkeit jenes Vermögensbestandes bestritten und sich Behufs besseren Beweises, daß das mütterliche Vermögen seiner Kinder erster Ehe nur soviel betrage, wie er in seiner Remonstration vom 31. Mai 1856 erklärt habe, alle Rechtszuständigkeiten vorbehalten.

Allein dieser Verwahrung kann, schon ihrem Worlaute nach, nicht die rechtliche Bedeutung beigelegt werden, daß von den Kindern die Größe des mütterlichen Vermögens erst noch nachgewiesen werden müßte, sondern nur die, daß der Cridar durch die Vollziehung der Hypothek auf den Nachweis eines, bei der früheren Vermögensberechnung vorgekommenen Irrthums nicht verzichten wollte. Auch abgesehen von der Hypothekbestellung muß doch

B. schon in den früheren Erklärungen, welche der Cridar vor dem Stadtgericht II., resp. dessen Commission am 1. Juli 1850, 1. Februar 1851, 2. Mai 1855, 12. März und 16. Mai 1856 abgegeben hat, nicht allein ein Geständniß, sondern ein Anerkennungsact von obligatorischem Charakter (ein Constitut) ge-

funden werden, wodurch das mütterliche Vermögen seiner Kinder erster Ehe auf die dort näher bezeichneten Beträge (worunter auch die Hälfte einer ehelichen Errungenschaft) festgestellt worden ist. Daß die fraglichen Erklärungen

1) nicht den Kindern selbst, resp. einem für dieselben bestellten Curator gegenüber abgegeben worden, steht dieser Annahme nicht entgegen. Das Stadtgericht II., in seiner Eigenschaft als obervormundschaftliche Behörde dazu berufen, die Interessen der Kinder bei der fraglichen Gelegenheit zu vertreten, konnte, insoweit es die Bestellung eines Specialcurators nicht für nöthig erachtete, selbst als deren Repräsentant handeln und Rechte für sie begründen und hat dies, indem es nicht allein im Allgemeinen die Erklärungen des Cridars hervorrief und annahm, sondern auch insbesondere auf deren materiellen Inhalt einwirkte, in unzweideutiger Weise gethan.

Hierdurch widerlegt sich zugleich

2) der Einwand des Appellanten, daß eine Bekenntniß nur Thatsachen zum Gegenstande haben könne, die Existenz und Größe einer ehelichen Errungenschaft aber lediglich eine Schlußfolgerung aus Thatsachen bilde. Uebrigens sind die betreffenden Erklärungen zunächst auf specielle thatsächliche Momente gerichtet, aus denen dann das Facit einer ehelichen Errungenschaft im Betrage von fl. — gezogen ist, und die, wenn sie sich in Wahrheit so, wie dort angegeben worden ist, verhalten, diese Schlußfolgerung vollkommen begründeten.

Appellant ist nun freilich

C. der Meinung, die Beweispflicht falle jedenfalls deßhalb auf den Appellaten zurück, weil es bereits actenmäßig vorliege, daß jene von dem Cridar über das mütterliche Vermögen seiner Kinder abgegebenen Erklärungen unrichtig gewesen seien, indem namentlich

a) das Illatum der ersten Ehefrau zu fl. — angegeben sei, der Liquidant selbst aber es dermalen anders berechne,

b) die Errungenschaft nur an den Immobilien herausgerechnet worden, während doch noch weiteres Activ- und Passivvermögen vorhanden gewesen sei,

c) die Ueberbesserung des dem Cridar eigenthümlich zugehörigen

Grundstücks, Gew. XI. Nr. 44a auf fl. — veranschlagt sei, bei der Versteigerung aber nur eine solche von fl. — sich ergeben habe,

d) der Cridar sein Illatum zu nur fl. — berechnet habe, während doch schon allein die unter c erwähnte, zu dessen Alleineigenthum gehörende Ueberbesserung als fl. — repräsentirend angenommen worden sei.

Allein es ergibt sich aus dem oben nachgewiesenen obligatorischen Charakter des fraglichen Anerkenntnisses von selbst, daß die Sache durch den Nachweis einzelner damals untergelaufenen oder später hervorgetretenen Unrichtigkeiten, nicht in die Lage versetzt wird, als sei jenes Anerkenntniß gar nicht erfolgt. Vielmehr stellt sich das gesammte hier hervorgehobene Vorbringen nur als eine Anticipation des dem Appellanten nachgelassenen Beweises dar, und bedarf es eines näheren Eingehens auf dasselbe und einer Prüfung der Unterstellung, daß die fraglichen Unrichtigkeiten schon, nach dem dermaligen Acteninhalte als constatirt anzusehen seien, zür Zeit um so weniger, als Appellant selbst in der Duplik erklärt hat, daß die in dieser Richtung versuchte Darlegung dem Beweisverfahren, in welches diese Erörterungen eigentlich gehörten, nicht vorgreifen solle.

225.

N. D., Klägerin gegen **Ph. Th.**, Beklagten, Schwängerung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 14. April 1858.

In Erwägung, daß

1) die klägerischen Beweiszeugen K., Sch. und G. nicht soviel für den Beweissatz ausgesagt haben, um einen Erfüllungseid zu rechtfertigen,

2) daß jedoch aus dem gesammten Inhalte der actenmäßigen Thatsachen und dem fortgesetzten Verhältnisse zwischen beiden Theilen mindestens die Auferlegung des Reinigungseides sich rechtfertigt;

3) daß Beklagter gegen die Quittungen nichts eingewandt hat, auf deren Grund mithin Klägerin zum Erfüllungseide sowie

4) zu dem von ihr angenommenen, ihr zugeschobenen Schiedseide zuzulassen ist,

5) daß jedoch der unter 3 erwähnte Erfüllungseid nur dann statt zu finden hat, wenn Beklagter den ihm aufzuerlegenden Reinigungseid **nicht** ableistet,

aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. In der bei Strafe der Eidesweigerung anberaumten Tagfahrt haben in öffentlicher Sitzung eidlich zu erhärten:

A. Der **Beklagte**: „daß er innerhalb der Zeit vom 11. Juli bis 6. November 1856 mit der Klägerin geschlechtlichen Umgang **nicht** gepflogen habe;"

B. die **Klägerin**:

a) „daß Beklagter ihr außer fl. 1. 30 kr. noch weitere fl. 13. 30 kr. für das erste Kind nicht bezahlt habe;"

b) und weiter, jedoch nur für den Fall, daß Beklagter den ihm sub A. auferlegten Reinigungseid nicht leisten würde:
„daß sie für die Begräbnißkosten des zweiten Kindes die in den beiden quittirten Rechnungen aufgeführten fl. — bezahlt habe."

II. Je nach dem Ausfalle dieser Eidesleistungen bleibt weiteres Erkenntniß in der Sache selbst und der Kosten wegen vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 18. Juni 1858.

Auf Appellation der Klägerin.

In Erwägung

1) daß Brüder und Schwestern nach § 3. Reform. I. 33 zu den unzulässigen Zeugen gehören;

2) daß diese gesetzliche Regel nach dem den gemeinrechtlichen Bestimmungen sich anschließenden § 14 ebendaselbst nur in den Fällen eine Ausnahme erleidet, wo der Mangel eines anderen Beweises als der durch an sich unzulässige Zeugen in der Natur der Verhältnisse liegt;

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck vom 11. Oct. 1855 in Sachen Hildebrand ca. Strauß.*)

3) daß hier, wo es sich um den Beweis eines vertrauten Verkehrs der Klägerin mit dem Beklagten handelt, weil nicht angegeben ist, warum gerade die Schwester der Klägerin darüber erhebliche Aussagen zu machen im Stande sei, ein solcher Fall nicht vorliegt;

4) daß die Aussagen der Zeugen K. und Sch. ohne alle Erheblichkeit sind und aus den Aussagen der Zeugin G. nur hervorgeht, daß vor der der zweiten Niederkunft der Klägerin entsprechenden Zeit der Beklagte mit derselben öfters Abends zusammen gekommen sei;

5) daß aus dem Umstande, daß sich der Beklagte als Vater des ersten Kindes der Klägerin bekannte, sich nur eine sehr entfernte

*) Siehe Bd. II. S. 208.

Vermuthung dafür ergibt, daß er, seines Widerspruches unerachtet, auch noch zu der der zweiten Niederkunft der Klägerin entsprechenden Zeit geschlechtlichen Umgang mit derselben gepflogen habe.

Aus diesen Gründen

wird die von der Appellantin gegen die Bescheide des Stadtgerichts vom 17. Februar 1858 und vom 14. April 1858 ergriffene Berufung unter Verurtheilung derselben in die Kosten dieser Instanz verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. Februar 1860.

In rubricirter Sache erkennt unter Bezugnahme auf die den Urtheilen der vorderen Instanzen beigefügten, durch die dawider gerichteten Ausführungen der jetzigen Instanz so wenig geschwächten als widerlegten Entscheidungsgründe, und da insbesondere, soviel

1) den Antrag betrifft, den im Stadtgerichtserkenntnisse vom 14. April 1858 sub A. dem Beklagten auferlegten Reinigungseid in einen von der Klägerin auszuschwörenden Erfüllungseid abzuändern, es theils ganz abwegig erscheint, wenn der appellantische Sachführer aus der im Beweisinterlocute vom 15. Januar 1858 sub decis 2 erfolgten äußerlichen Combination von zwei an sich ganz verschiedenen Beweisauflagen in Einem Beweissatze herleiten zu können vermeint, daß nur Einer Partei deßfallsige Eidesauflage gemacht werden könne, theils die von demselben angeregte Frage, welchem der streitenden Theile eine größere persönliche Glaubwürdigkeit beiwohne, nur dann in Betracht kommen würde, wenn das Ergebniß der Zeugenaussagen, wie doch nicht der Fall ist, die für und gegen die Klägerin sprechenden Beweisgründe gleich gewichtig erscheinen ließe; anbelangend dagegen

2) den Antrag auf nachträgliche Zulassung und Vernehmung der in der Beweisantretung zum Zeugniß producirten, aber auf Grund von Reformation I., 33. § 1. durch das Stadtgerichtsdecret vom 17. Februar 1858 als unzulässige Zeugin zurückgewiesenen klägerischen Schwester, vorliegend eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel auf Grund des § 14. jedenfalls um deßhalb als gerechtfertigt

nicht erscheinen kann, weil Klägerin selbst noch in jetziger Instanz gar nicht näher zu specificiren auch nur versucht hat, in welcher Maßen und aus welchem Grunde ihre Schwester vor Anderen und genauer als die bereits vernommenen Zeugen in Betreff des Beweissatzes auszusagen vermögen würde,

das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

> daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichtes der Freien Stadt Frankfurt vom 18. Juni 1858 zu bestätigen, auch Klägerin in die Kosten jetziger Instanz, soweit nicht darüber bereits erkannt ist, zu verurtheilen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

226.

Carl Küchler, Kläger gegen **B. H. Goldschmidt,** Beklagten, Lucca-Pistoja-Eisenbahn-Actien, jetzt Beweisantretung betr.*)

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 29. September 1858.

In Erwägung, daß

1) nach dem oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 31. Mai 1858**) es sich lediglich um die Thatsache handelt, ob zu den dort angegebenen Zeiten Kläger von dem Inhalte des Art. 1 des großherzoglich toskanischen Decrets vom 8. December 1852 in Betreff der Lucca-Pistoja-Eisenbahn Kenntniß gehabt habe oder nicht, wogegen

2) nach den Entscheidungsgründen zu diesem oberappellationsgerichtlichen Urtheile darauf nichts ankommt, ob Kläger von diesem Art. 1 bei näherer Nachforschung Kenntniß hätte erhalten können und haben müssen, da, wie dortselbst näher ausgeführt wurde, — bei dem Umstande, daß Beklagter in dem Programme die Zinsengarantie gerade unter Hinweisung auf jenes Decret so unbedingt als auf 99 Jahre ertheilt hingestellt, daß er wohl erwarten durfte, man werde sich bei dieser Angabe beruhigen und nicht näher nachforschen — ein Jeder, ohne sich einer Fahrlässigkeit schuldig zu machen, sich solcher Nachforschung füglich enthalten könnte; nun aber

3) das sämmtliche unter I. bis VI. der Beweisantretung enthaltene Vorbringen lediglich auf die Ermittelung von Thatsachen gerichtet ist, aus welchen Kläger die Existenz des beschränkenden Inhalts des Art. 1 hätte vermuthen oder bei näherer Nachforschung hätte ermitteln können, inzwischen selbst wenn alle die angegebenen

*) Siehe Bd. IV. S. 85 bis 103.

**) Siehe Bd. IV. S. 91.

Verhältnisse wirklich bestanden haben sollten und in der Handelswelt oder sonst bekannt gewesen wären, dadurch nicht ausgeschlossen sein würde, daß dem Kläger der Inhalt des Art. 1 dennoch unbekannt gewesen sei, daher der beantragten künstlichen Beweisführung keine Folge zu geben, vielmehr

4) sofort auf Ableistung des dem Kläger zugeschobenen und von diesem angenommenen Schiedseides zu erkennen, dieser aber lediglich auf die einfache Negation des Beweissatzes zu normiren ist, da alle übrigen Umstände nicht als concludente Thatsachen für den Beweissatz zu erachten sind, insbesondere darauf nichts ankommt, was Kläger gethan haben würde, wenn er die beschränkenden Bestimmungen des Art. 1 gekannt hätte, sondern es sich immer nur darum handelt, daß Beklagter dem Kläger für die fraglichen Papiere aufkommen muß, wenn Kläger den ihm vom Beklagten verschwiegenen Art. 1 nicht gekannt hat —

Aus diesen Gründen wird, unter Verwerfung aller übrigen Beweismittel, zu Recht erkannt:

Würde Kläger in öffentlicher Gerichtssitzung unter dem Rechtsnachtheile der Eidesweigerung schwören:

„daß er weder, als er auf die fraglichen Actien bei dem Beklagten gezeichnet, noch auch als er die Certificate über diese Actien entgegen genommen, von dem Inhalte des Art. 1 des großherzoglich toskanischen Decrets vom 8. December 1852 in Betreff der Lucca-Pistoja-Eisenbahn Kenntniß gehabt habe" —

so soll der dem Beklagten nachgelassene Beweis für verfehlt erachtet und Beklagter schuldig sein, dem Kläger gegen Rücklieferung der fraglichen Actien Nro. 13851 bis 13950 die erhaltenen 15,000 Lire zum Cours von 93 p. C. mit Zinsen zu 5 pCt. dieser also zu berechnenden Summe vom 1. Januar 1855 an binnen vorzuberaumendem Termine zurückzuzahlen, auch demselben die verursachten Streitkosten zu ersetzen.

Für den Fall, daß Kläger obigen Eid ganz oder theilweise nicht ableisten würde, bleibt anderweite Verfügung vorbehalten.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät Tübingen) vom 6. April 1859 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 10. April 1860 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. April 1860.

Da die vom Beklagten versuchte Antretung des ihm in dem Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts vom 31. Mai 1858 rechtskräftig auferlegten Beweises aus den zum angefochtenen Erkenntnisse ausgeführten völlig ausreichenden und vom Beklagten in keiner Weise widerlegten Gründen bis auf die Eidesdelation mit Recht als unstatthaft verworfen worden ist und es sich, was diese letztere betrifft, um so mehr rechtfertigt, daß der deferirte Eid lediglich auf die Negative des Beweissatzes gerichtet worden ist, als es sich von selbst versteht, daß nach der wahren Meinung des Beweissatzes der Kläger diesen Eid nur dann wird leisten können, wenn er von dem Inhalte des darin erwähnten Art. 1 des Decrets vom 8. December 1852, nämlich von dem Umstande, daß die Concession der Eisenbahn von Lucca nach Pistoja nebst allen damit verbundenen Vortheilen keine unbedingte, sondern an die Einhaltung der zur Eröffnung der Bahn bis zum Ende des Jahres 1854 gesetzten peremtorischen Frist gebunden gewesen sei, in dem im Beweissatze angegebenen Zeitraume weder aus der Einsicht des Decrets selbst, noch auch aus anderen Quellen und auf anderem Wege Kenntniß erlangt haben sollte, so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

> daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 6. April 1859, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

227.

Margaretha Dorothea Strohecker, geb. Waßmuth, Klägerin und Appellantin gegen Dr. **Scherlenzky,** als Curator und Contradictor der Johann Georg Strohecker'schen Debitmasse, Beklagten und Appellaten, Güterseparation, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. April 1860.

Implorantin beschwert sich darüber, daß das Appellationsgericht den dem Imploraten nachgelassenen Beweis:

> daß sie an dem Wirthschaftsbetrieb ihres Ehemannes durch Ausschenken in der Wirthschaft, durch Zahlungsempfang, durch Zahlungsleistung oder wie sonst thätigen Antheil genommen habe,

für erbracht erklärt und nicht vielmehr das auf den Reinigungseid erkennende Stadtgerichtsurtheil vom 8. April 1859 bestätigt hat. Die Beschwerde erscheint jedoch unbegründet. Es kommt

A. zunächst auf Beurtheilung der gegen die Glaubwürdigkeit einzelner der vorliegenden Zeugenaussagen vorgebrachten Einwendungen an.

1) Implorantin verlangt, daß die Depositionen des F. und Sch. ganz außer Berücksichtigung bleiben, weil diese Personen als Liquidanten im Strohecker'schen Concurse aufgetreten und somit beim Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreites interessirt seien.

Daß auf diesen bereits in der Erklärung auf die Beweisantretung vorgebrachten und im Stadtgerichtsbescheid vom 8. December 1858 verworfenen Einwand gegen die Zulässigkeit der gedachten

Zeugen jetzt noch zurückgekommen werden durfte, unterliegt keinem Zweifel. Jener Bescheid, soweit er die Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden wider deren Personen und Aussagen zuließ, war kein appellables Erkenntniß.

Ges. vom 7. November 1848. § 54.

Es kann jedoch

a) der Implorantin darin nicht beigetreten werden, daß jene als Zeugen benannten und abgehörten Personen in Wahrheit Partei im vorliegenden Rechtsstreite seien, weil Dr. Scherlenzky in seiner Eigenschaft als Curator und Contradictor, worin er diesen Rechtsstreit führe, Vertreter der Gläubiger und damit auch Vertreter jener beiden als Liquidanten aufgetretenen Personen sei. Dr. Scherlenzky kommt vorliegend nur in der Eigenschaft des Contradictors in Betracht. Der Contradictor aber, wenn er auch, vermöge seines Amtes, die Interessen der Gläubigerschaft zugleich mit denjenigen des Cridars zu vertreten hat, ist doch, nach richtiger Ansicht, nicht als der persönliche Repräsentant der Gläubiger und daher der von ihm gegen einen einzelnen Liquidanten geführte Prozeß nicht ohne Weiteres als ein Prozeß sämmtlicher übrigen gegen diesen einen Gläubiger anzusehen.

Martin, Civilprozeß. § 322. not. o.
Mittermaier, Beiträge. III. S. 265.
Bayer, Concursprozeß. § 42.
Seffter, System &c. § 542. not. 88.

Der Vortheil oder Nachtheil, welchen jene Gläubiger von dem Ausgange des Rechtsstreites zu erwarten haben, ist vielmehr immer nur ein mittelbarer und bestimmt sich für jeden Einzelnen derselben darnach, ob überhaupt und in welchem Maße seine Aussicht auf Befriedigung den concreten Umständen nach durch den Obsieg des Contradictors bedingt erscheint. — Nun soll freilich

b) nach der Frankfurter Reformation, Th. I. Tit. 33. § 13, auch Derjenige zum Zeugnisse nicht zugelassen werden, der nur ein mittelbares Interesse bei dem Ausgange des Rechtsstreites hat. Diese Vorschrift ist jedoch, wie das Ober-Appellationsgericht zu wiederholten Malen ausgesprochen hat, keine absolute, es hat vielmehr der Richter in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe der concreten Um-

stände zu ermessen, ob das Interesse des Zeugen nicht ein so entferntes, unbestimmtes oder geringfügiges sei, daß es, dem die eidliche Versicherung zu setzenden Vertrauen gegenüber, seine Bedeutung mehr oder weniger verliert.

cf. Lehmann ca. Main-Dampfschifffahrts-Gesellschaft. Frankf. 1857. Decb. 30 und die daselbst angezogenen früheren Erkenntnisse.*)

Ein Fall dieser letzteren Art aber liegt gegenwärtig vor. Die von F. und Sch. im Strohecker'schen Concurse angemeldeten Forderungen belaufen sich nach Angabe des Imploranten auf fl. 24. 33 kr., resp. fl. 44. 57 kr., womit nicht nur die Aussage Sch.'s selbst übereinstimmt, der seine Forderung zu „etlichen vierzig Gulden" angibt, sondern auch die, ohne Zweifel aus den betreffenden Liquidationsprotocollen geschöpfte Bemerkung des Stadtgerichts, daß die Betheiligung der genannten Personen an der Strohecker'schen Debitmasse an sich nur unbedeutend sei, und endlich das Zugeständniß der Implorantin selbst, daß jene Forderungen nicht von großem Belange sind.

Der Betrag dieser Forderungen bildet jedoch nur das mögliche Maximum, er bildet keineswegs ohne Weiteres den wirklichen pecuniären Belauf des Interesses, welches die Zeugen beim Ausgange des Prozesses haben, wie denn auch die Implorantin selbst a. a. O. nur davon spricht, daß im Falle des Obsieges des Contradictors die Dividende der Gläubiger, und damit diejenige F.'s und Sch.'s, sich erhöhen würde. Man kann aber nicht ohne Weiteres voraussetzen, daß die Aussicht auf den möglichen Gewinn oder Verlust von ein Paar Gulden für Personen von unverdächtiger Ehrenhaftigkeit ein Motiv abgeben werde, in ihren eidlichen Depositionen von der Wahrheit abzuweichen. Auch redet das Verhalten der Zeugen einer solchen Annahme nicht das Wort. Sch. hat bei seiner Vernehmung jener von ihm im Concurse des Strohecker angemeldeten Forderung Erwähnung gethan, daneben aber erklärt: „er wüßte nicht, daß er Nutzen oder Schaden von dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreites hätte," und wenn F. seine Forderung ganz mit Stillschweigen

*) Siehe Bd. III. S. 401.

übergangen und sich einfach für unbetheiligt bei dem vorliegenden Prozesse erklärt hat, so sieht dies unter den obwaltenden Umständen viel mehr nach vollkommener Unbefangenheit und gutem Glauben, als nach einer dolosen Hinterhaltung aus.

Auch erscheint es nicht unerheblich, daß Implorantin selbst einen Zeugen, — L. — der in derselben Lage ist, wie die beiden ebengenannten Personen, als Gegenbeweiszeugen vorgeschlagen hat, und gegen die Glaubwürdigkeit der Aussage dieses Zeugen keinerlei Anstand erhoben ist.

Es können dem Allem nach die beiden hier besprochenen Zeugen zwar nicht als vollkommen klassische, sie müssen jedoch mit dem Stadtgerichte als solche angesehen werden, deren Glaubwürdigkeit nur in geringem Maße durch ein unbedeutendes indirectes Interesse beim Ausgange des Rechtsstreites geschwächt wird.

2) Die Aussagen des A. hat

a) das Stadtgericht deßhalb für verdächtig erklärt, weil der Zeuge, der einen kostspieligen Prozeß gegen die Strohecker'schen Eheleute verloren, unter dem Gefühle der hierdurch erlittenen Kränkung nicht ohne sichtliche Erregtheit deponirt habe. — Aus den Aussagen A.'s selbst ergibt sich zwar nur, daß er wegen Ansprüchen für Schreinerarbeiten gegen Strohecker geklagt und seinen Prozeß verloren hat.

Dem Stadtgerichte darf aber sowohl darin, daß dieser Prozeß ein kostspieliger gewesen, als darin, daß der Zeuge in sichtlicher Erregtheit deponirt hat, Glauben geschenkt werden, da die erstere Angabe auf Gerichtsnotorietät, die andere auf der eigenen Wahrnehmung des Richters, der die Zeugenvernehmung geleitet, sich zu gründen scheint. Dagegen beruht es offenbar nicht auf unmittelbarer Wahrnehmung, sondern ist eine bloße Vermuthung, daß die Erregtheit des Zeugen aus dem Gefühle erlittener Kränkung hervorgegangen sei, und diese Vermuthung findet in den Acten keine ausreichende Basis. Der Umstand an sich, daß A. einen, wenn auch kostspieligen, Prozeß gegen die Strohecker'schen Eheleute verloren, genügt zur Begründung der Annahme, daß bei ihm ein Gefühl erlittener Kränkung auf die Unbefangenheit der Aussage störend eingewirkt haben möge, um so weniger, als der gedachte Prozeß vor Ausbruch des

Strohecker'schen Concurses (April 1855) beendigt sein muß, die Deposition des A. aber erst im Februar 1859, also nach einem längeren Zwischenraume erfolgt ist; und die Erregtheit des Zeugen bei seiner Vernehmung kann so verschiedenartige Gründe haben, daß es nicht wohl gerechtfertigt erscheint, sie ohne Weiteres auf jenes Gefühl erlittener Kränkung als unzweifelhafte Quelle zurückzuführen. Es reducirt sich daher Alles auf einige entfernte Indicien einer feindlichen Gesinnung des Zeugen gegen die Strohecker'schen Eheleute, und solche vermögen die Glaubwürdigkeit seiner beschworenen Aussagen jedenfalls nur in einem höchst unbedeutenden Maße zu schwächen.

b) Die Implorantin glaubt einen weiteren Verdachtsgrund aus sachlichem Widerspruche entnehmen zu können, der zwischen den Aussagen dieses und aller übrigen Zeugen bestehe. Die letzteren bezeichneten als die Zeit, in welcher die Strohecker'schen Eheleute Wirthschaft betrieben, die Jahre 1840 und 1841, A. aber die Jahre 1846 und 1847, in welchen Strohecker in der That nicht mehr Wirth, sondern als Expedient bei der Bauamts-Eisenbahn-Commission angestellt gewesen sei.

Allein daraus, daß die übrigen Zeugen nur Wahrnehmungen bekunden, die sie in den Jahren 1840 und 1841 gemacht, folgt nicht, daß in den Jahren 1846 und 1847 kein Wirthschaftsbetrieb stattgefunden; und die deßfallsige Versicherung der Implorantin läßt sich schwer vereinigen mit der actenmäßig feststehenden Thatsache, daß Strohecker noch im Jahre 1846 die Concession zu einer Kaffeewirthschaft erhalten hat.

Wenn aber auch erwiesen wäre, daß die Zeugenaussage in Betreff der Jahre, in welche der Zeuge die von ihm gemachten Wahrnehmungen setzt, unrichtig sei, so würde dies als ein, aus der Länge des in Mitte liegenden Zeitraums leicht zu erklärender Irrthum in einem Nebenpunkte aufgefaßt werden können, welcher die Glaubwürdigkeit der Deposition des Zeugen in der Hauptsache in erheblichem Maße zu schwächen nicht geeignet wäre.

B. In Beurtheilung des Inhalts der Zeugenaussagen mußte dem Appellationsgerichte vollkommen beigetreten werden.

1) F., H., A., W., K. und J. bekunden, daß die Implorantin

in der von ihrem Ehemanne betriebenen Wirthschaft Getränke ausgeschenkt, den Gästen aufgewartet und von ihnen Zahlung in Empfang genommen hat. F. und A. haben diese Thätigkeit der Implorantin jedesmal, wo sie die Wirthschaft besuchten, wahrgenommen, was bei F. in den Jahren 1840 und 1841 alle 8 oder 14 Tage, bei A. in den Jahren 1846 und 1847 während eines Zeitraumes von 3 bis 4 Monaten 2- bis 3mal in der Woche, mitunter täglich, und auch in den früheren Jahren der Fall gewesen ist. K., der im Jahre 1840 sehr oft in die Strohecker'sche Wirthschaft gekommen zu sein angibt und sagt: es habe ihm da zuweilen Herr, zuweilen Frau Strohecker aufgewartet, an die er dann auch Zahlung geleistet, bekundet damit, daß Mann und Frau sich in die Bedienung der Gäste getheilt, also auch die letztere an dem eigentlichen Wirthschaftsbetrieb regelmäßig Theil genommen, und wenn W. und J. angeben, die Implorantin habe ihre Thätigkeit mehr dem Haushalte, als der Wirthschaft zugewendet, und in der letzteren sey vorzugsweise der Mann geschäftig gewesen, so liegt darin keineswegs, daß die Thätigkeit, welche die Frau hier geübt, nur eine gelegentliche und so zu sagen zufällige gewesen, sondern dieselbe erscheint im Gegentheile auch nach diesen Aussagen als eine solche, welche mit dazu diente und darauf berechnet war, das ganze Geschäft in regelmäßigem Gange und gehöriger Ordnung zu erhalten. Nimmt man hinzu, daß H., obgleich er wegen Länge der Zeit keine genauen Angaben mehr zu machen weiß, doch wenigstens so viel bestimmt sich entsinnt, daß er die Implorantin zuweilen in der Wirthschaft hat aufwarten sehen; daß auch N. sich erinnert, dieselbe, jedenfalls wenigstens einmal, am Buffet in Thätigkeit und dort herum handthieren gesehen zu haben, und daß Sch. und L. dieselbe öfters im Wirthszimmer (Sch. insbesondere auch am Büffet) bemerkt haben, so kann man als Ergebniß aller hier genannten Zeugenaussagen nur das ansehen, daß die Implorantin sich an dem Wirthschaftsbetriebe direct und ostensibel in einer solchen Weise betheiligt hat, daß bei dritten Personen die Ansicht bestehen mußte, es handle sich hierbei um ein gemeinschaftliches Geschäft beider Eheleute.

2) Diesem Ergebnisse vermag es keinen Abbruch zu thun, daß B., S., M. und F., obgleich sie öfters, zum Theile täglich die Stro-

hecker'sche Wirthschaft besucht haben, sich nicht erinnern, die Implorantin in derselben geschäftig gesehen zu haben. Dies Nichterinnern (und ein Mehreres sagen die Zeugen nicht) erklärt sich sehr wohl durch die Länge der in Mitte liegenden Zeit in Verbindung mit dem Umstande, daß die Thätigkeit der Implorantin in der Wirthschaft eine weniger hervorragende war, als diejenige ihres Ehemannes, und ist weder mit der Wahrheit der unter 1. hervorgehobenen thatsächlichen Momente, noch mit dem dort derselben beigelegten Charakter einer regelmäßigen Theilnahme der Implorantin an dem Wirthschaftsbetrieb unvereinbar. — Wie wenig zuverlässig die negativen Erinnerungen der Zeugen sind, ergibt sich unter Anderem daraus, daß F. überhaupt keine Frauenspersonen in der Wirthschaft bemerkt hat und M. von einem anderen Aufwärterpersonal, als dem Ehemanne Strohecker, sich Nichts erinnert, während — nach F., H., L. und S. — noch die Töchter und die Schwägerin des Strohecker, auch Kellner und Kellnerinnen in der Wirthschaft thätig gewesen sind. —

Dem Allem nach erscheint die Beschwerde der Implorantin sowohl in der Richtung, daß der Beweis für geliefert, als in der, daß nicht der Gegenbeweis für erbracht angenommen worden, als unbegründet und mußte demgemäß das angefochtene Erkenntniß nicht nur in der Hauptsache, sondern auch, soviel den Kostenpunkt anlangt, bestätigt, Implorantin auch in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt werden.

228.

Claudius Ash & Sons in London, Kläger, Widerbeklagte, Appellaten gegen Dr. **J. B. Rottenstein** dahier, Beklagten, Widerkläger, Appellanten, Vindikation von Waaren und Gegenansprüche betreffend.

Vorbemerkung.

Der Reisende von Ash & Sons zu London, Jos. Dempsey, schloß mit dem Zahnarzt Dr. J. B. Rottenstein dahier im November 1858 einen Vertrag ab, vermöge dessen letzterer auf eine gewisse Zeit zum ausschließlichen Agenten der genannten Firma zum Vertriebe der Fabrikate derselben in den deutschen Bundesstaaten &c. bestellt wurde, und alsbald das gesammte, dem Dempsey von Ash anvertraute Waarenquantum, unter Leistung eines Vorschusses von 300 Livres auf dasselbe, ausgehändigt erhielt.

Ash & Sons klagten, indem sie den gedachten Vertrag als nicht für sie verbindlich hinstellten, gegen Rottenstein auf Herausgabe der empfangenen Waaren resp. Ersatz des Werthes der nicht mehr vorhandenen Artikel, während Beklagter den Vertrag, weil Dempsey zum Disponenten des übergebenen Waarenlagers von Ash & Sons bestellt worden, für bindend erklärte, mindestens aber retinendo Rückerstattung des geleisteten Vorschusses verlangte. — Das Uebrige erhellt aus dem Folgenden.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 17. April 1860.

Die beklagtische Beschwerdeführung mußte als unbegründet verworfen werden.

I. In Betreff der auf die Caution wegen der Prozeßkosten sich

beziehenden ersten Beschwerde konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß den früheren Richtern beizustimmen sei, wenn sie annehmen, daß der Beklagte für alle Fälle den Klägern wegen eines größeren Werthbelaufes verantwortlich sei, als zur Deckung der dem Beklagten etwa zu erstattenden Prozeßkosten erforderlich sein werde. Die Behauptung des Beklagten, daß die, zum Catalogswerthe von circa 1000 Livres ihm übergebenen Gegenstände in der Zeit seit dem Ende des Jahres 1858 fast ganz entwerthet seien, entbehrt jeder Nachweisung.

II. Die zweite Beschwerde, daß nicht der zwischen dem Beklagten und Joseph Dempsey am 14. November 1858 geschlossene Vertrag als für die Kläger pure verbindlich, eventuell daß er nicht wenigstens als in seinen wesentlichen Bestimmungen gültig anerkannt worden sei, wird von dem Beklagten dadurch zu rechtfertigen versucht, daß

1) Dempsey, nach dem, was vorliege, als zum Abschlusse des fraglichen Geschäfts mit bindender Kraft für die Kläger berechtigt anzusehen sei, daß

2) wenn Dempsey seine Vollmacht überschritten haben sollte, hierunter der Beklagte nicht leiden dürfe, welcher bona fide, und zwar durch die Kläger veranlaßt, den Dempsey als zum Abschlusse des Geschäfts befugt angesehen habe und habe ansehen können; endlich

3) daß, wenn auch einzelne Bestimmungen des Geschäfts an Nichtigkeit laboriren sollten, doch das Geschäft insofern als gültig behandelt werden müsse, als der Beklagte mit dem Verkaufe der klägerischen Fabrikate beauftragt worden sei und hierauf einen Vorschuß geleistet habe.

Nun haben aber

zu 1) die vorigen Richter überzeugend ausgeführt, daß in der von dem Beklagten insofern für sich geltend gemachten Institorenqualität des Dempsey, als dieser mit dem Verkaufe der ihm übergebenen klägerischen Fabrikate beauftragt gewesen sei, eine Befugniß, den vorliegenden Vertrag abzuschließen, nicht gefunden werden könne. Jene Institorenermächtigung reichte nicht aus, um eine dauernde Verkaufshandlung für seine Principale einzusetzen,

vollends nicht eine solche, deren Inhaber Zusicherungen erhielt, wie solche von Dempsey gemacht wurden. Dempsey disponirte nämlich nicht etwa nur über die in seinem Besitze befindlichen Waaren, sondern er verpflichtete auch seine Principale, dem Beklagten von ihrem Lager ferner Fabrikate zu senden; dabei wurden die Kläger für die Zeit der Contractdauer an den Beklagten, welchem überdies ein sehr bedeutender Rabatt bewilligt wurde, gebunden, ohne die demselben übergebenen Waaren vor Ablauf derselben zurückfordern oder über dieselben anderweitig disponiren zu dürfen; nur nach je 6 Monaten sollten die Kläger das Lager des Beklagten revidiren dürfen, und, was schon allein ausreichend ist, um hier zu Gunsten der Kläger zu entscheiden, die Kläger wurden durch den Contract in die Unmöglichkeit versetzt, in einem sehr bedeutenden Theile ihres Absatzgebietes selbst oder durch beliebig gewählte Beauftragte als Verkäufer ihrer Fabrikate aufzutreten, indem Dempsey die Kläger darauf beschränkt hatte, in den deutschen Bundesstaaten, in Oesterreich, in der Schweiz und in Polen nur durch des Beklagten Vermittlung Geschäfte in ihren Artikeln zu machen.

Wenn der Beklagte gegen das Gewicht der vorbemerkten Momente darauf sich beruft, daß der große Werth des von den Klägern dem Dempsey übergebenen Lagers und überhaupt das Vertrauen, welches der Letztere genossen habe, die Stelle der unter anderen Umständen erforderlichen besonderen Ermächtigung ersetzt hätten, so bedarf dies keiner Widerlegung.

Zu 2) Der Beklagte hat, freilich erst in zweiter Instanz, für sich geltend gemacht, daß er schon vor der Verhandlung mit Dempsey, im September 1858, in London gewesen, dort den Klägern die erste Proposition zu einer Agentur gemacht habe und von ihnen an den demnächst nach Deutschland kommenden Dempsey verwiesen worden sei, welcher die dortigen Verhältnisse besser kenne, als sie. — Dieses Vorbringen konnte schon formell, weil verspätet, nicht berücksichtigt werden. Allein auch materiell würde dasselbe nicht als erheblich anzusehen sei. Denn die allgemeine Verweisung des Beklagten an Dempsey ließ keineswegs bestimmt erkennen, daß dieser zum definitiven Abschluß über das proponirte Vertragsverhältniß ermächtigt sei. Es konnte darin auch die bloße Hinweisung darauf

gefunden werden, daß der Beklagte das Nähere mit Dempsey besprechen und verhandeln solle, damit Dempsey darin über die Sache an seine Principale berichte. Außerdem würde aber dem Beklagten hier entgegenstehen, daß er seiner eigenen Angabe nach, von Dempsey, als er mit diesem die Sache in Frankfurt besprochen hatte, wieder an die Kläger zurückverwiesen wurde und sich hierauf schriftlich an dieselben mit seiner Proposition wandte. Darnach konnte er nicht mehr in Ungewißheit darüber sein, daß Dempsey, welcher ihm nur seine Unterstützung bei den Klägern zugesagt haben soll, sich durch seine Stellung als institor nicht für ermächtigt hielt, auf die Proposition einzugehen und definitiv über dieselbe abzuschließen.

Der Beklagte führt ferner für sich an, daß die Kläger ihm auf seine ihnen brieflich gemachte Proposition keine schriftliche Erwiderung ertheilt, sondern, wie er selbst alternativ vorgeschlagen gehabt habe, mündlich durch Dempsey Antwort gegeben hätten, und daß Dempsey dabei erklärt habe, zwar nicht ganz auf die Proposition eingehen, aber doch einen ähnlichen Vertrag abschließen zu können. Nun ist freilich der von dem Beklagten in Bezug genommene von

Thöl, Handelsr. § 28.

aufgestellte Satz, daß, wenn sich Jemand als Stellvertreter gerirt habe, ohne es zu sein, der Principal dem dritten Contrahenten dann verantwortlich sei, wenn er dolos oder culpos denselben veranlaßt haben sollte, den angeblichen Stellvertreter als zum Contrahiren ermächtigt anzusehen, in solchen Fällen als richtig anzuerkennen, in welchen es sich um die größere oder geringere Ausdehnung der Vollmacht eines Institors handelt, wovon

L. 10. § 5. Dig. de inst. act. 14, 3.

ein Beispiel enthält. Allein der Beklagte war überhaupt nicht in der Lage, in jenem Hergang einen hinlänglichen Grund zu finden, um den Dempsey als zum Contractabschluß ermächtigt anzusehen. Der Umstand, daß der Beklagte auf seinen Brief durch Dempsey Antwort erhielt, berechtigte ihn noch nicht zu der Annahme, daß Dempsey bevollmächtigt sei, die Bedingungen des beabsichtigten Geschäfts definitiv festzusetzen und den Contract abzuschließen. Er

hatte wohl Anlaß, daraus die allgemeine Bereitwilligkeit der Kläger zum Eingehen auf ein ähnliches Verhältniß abzuleiten, nicht aber auch, daß sie dem Dempsey den verbindlichen Abschluß des Geschäfts überlassen hätten. Der Beklagte wurde daher nicht der Nothwendigkeit überhoben, sich speciell über die dem Dempsey von den Klägern übertragenen Befugnisse zu unterrichten. — Die hierbei auf Seiten des Beklagten angenommene Erkundigungspflicht geht auch nicht etwa zu weit. Es handelte sich um einen über den gewöhnlichen Geschäftskreis eines bloßen Institors oder Reisenden weit hinausreichenden Contract; und bei einem Verhältnisse dieser Art muß dem Dritten Vorsicht und Wachsamkeit zur Pflicht gemacht werden, wenn nicht der Principal schuldlos seinem Vertreter Preis gegeben werden soll.

Zu 3) Die von dem Beklagten eventuell für sich geltend gemachte Regel: utile per inutile non vitiatur, steht demselben nicht zur Seite. Abgesehen von solchen Fällen, in welchen Ungültigkeit eines Geschäfts überhaupt nur bis zu einer gewissen Grenze eintritt, findet jene Regel nur da Anwendung, wo ein Verhältniß aus wesentlich trennbaren und im Einzelnen von einander unabhängigen Theilen besteht. Im vorliegenden Falle sind alle Bestimmungen des fraglichen Contracts als zusammen gehörig und sich gegenseitig bedingend anzusehen.

III. Daß für die Genehmigung des von Dempsey abgeschlossenen Geschäfts Seitens des Associés der Kläger, Wilhelm Ash, bis jetzt kein Beweis vorliegt, und somit der Beklagte keine Veranlassung hat, über die wegen jenes von ihm behaupteten Umstandes ihm auferlegte Beweisführung sich zu beschweren, ergibt sich aus den Acten. Insbesondere ist auch der, gegenwärtig von dem Beklagten besonders hervorgehobene, Umstand ungewiß, wann Wilhelm Ash von dem abseiten des Bruders des Beklagten erlassenen Circulär Kenntniß erlangt habe. Auch wegen dieses Punktes ist dem Beklagten Beweisführung verstattet. Ueber die Relevanz des auf Seiten des Wilhelm Ash nach erlangter Kunde unterbliebenen öffentlichen Widerspruches wird erst dann zu entscheiden sein, wenn der Zeitpunkt jener erlangten Kunde und die sonst etwa in Betracht kommenden Umstände dargelegt sein werden.

IV. Der Beklagte stützt sich bei der Beschwerde, daß ihm nicht das Rückforderungsrecht in Betreff der an Dempsey gezahlten 300 Livres zugesprochen sei, darauf, daß man an einen Institor — und ein solcher sei Dempsey selbst nach der Auffassung der vorigen Richter gewesen — mit demselben Effect, wie an den Principal, Zahlung leisten dürfe. Auch bei diesem Punkte war den vorigen Richtern aus deren Gründen beizustimmen. Nur solche Rechtsacte — hier Zahlungen — können auf eine den Principal verbindende Weise mit dem Institor erledigt werden, welche dem negotium angehören, quod per eum exercetur.

L. 3. Cod. de inst. act. 4. 25.

Hier aber gehörten die Einsetzung einer Verkaufshandlung und die damit in Verbindung stehenden Feststellungen und Leistungen, wie oben gezeigt worden, nicht zu dem Geschäftskreise, welcher dem Dempsey angewiesen war.

Man kann auch nicht etwa zu Gunsten des Beklagten annehmen, daß die 300 Livres als eine Anzahlung auf einen von Dempsey bewirkten Verkauf eines Theils der klägerischen Waaren anzusehen, und in dieser Eigenschaft den Klägern zur Last zu bringen seien. Denn nicht nur liegt ein Verkauf jener Waaren an den Beklagten nicht vor, und man würde nur etwa eine Verkaufscommission als ertheilt anzunehmen haben, allein selbst diese hat nicht in der gewöhnlichen und einfachen Weise stattgefunden, in welcher sie unter Umständen auch von einem Institor ad vendendum vorgenommen werden darf, sondern die Hingabe der Waare und die Zahlung der 300 Livres sind nur auf Grund des Agenturcontracts und der Gesammtheit der Stipulationen desselben vor sich gegangen. Aus der in Betreff der Kläger bestehenden Unverbindlichkeit dieses Contracts und seines Inhaltes folgt selbstverständlich auch diejenige der in Rede stehenden Zahlung. Diese kann nicht in zwei verschiedenen Eigenschaften aufgefaßt werden, als auf eine vielleicht für zulässig zu achtende Verkaufscommission und zugleich als auf einen unzulässigen Agenturcontract sich beziehend, sondern sie ist die einfache Erfüllung einer Vertragsstipulation, deren rechtliche Wirksamkeit im Verhältniß zu den Klägern mit dem ganzen Contracte steht und fällt.

Daß der Gesichtspunkt der impensae necessariae ein unhaltbarer ist und die jetzige Andeutung des Beklagten, die 300 Livres könnten vielleicht in die Hände der Kläger gelangt sein, als verspätet und außerdem zur Begründung des beklagtischen Anspruches vorgebrachtermaßen ungeeignet, keine Beachtung finden kann, bedarf keiner Ausführung.

V. Auch die fünfte Beschwerde, durch welche der Beklagte von der Pflicht, den Werth der veräußerten Gegenstände den Klägern zu ersetzen, befreit zu werden sucht, erscheint unbegründet.

Zwar darf der Beklagte — gegen welchen gleich Anfangs die Klage auf Rücklieferung der qu. Gegenstände, resp. auf Ersatz des Werthes der etwa fehlenden Artikel gerichtet worden ist, ohne daß gegen den letzteren Theil des Antrages selbstständig ein Widerspruch erhoben worden wäre — bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem die Kläger mit dem Verlangen der Rücklieferung der fraglichen Gegenstände aufgetreten sind, nicht als malae fidei possessor behandelt werden, da ihm in der Art, wie er in den Besitz derselben gelangte, wohl Mangel an Vorsicht, aber nicht wissentliche Widerrechtlichkeit vorgeworfen werden kann, und der Satz der

L. 13 § 8. Dig. de hered. petit. 5. 3.

„nemo praedo est, qui pretium numeravit“ analog auf ihn anzuwenden ist. Allein auch der bonae fidei possessor haftet, wenn die Sache von ihm veräußert worden ist und von dem späteren Erwerber nicht mehr vindicirt werden kann, für den empfangenen Erlös, sei es mit der condictio sine causa, sei es mit der negotiorum gestorum actio.

L. 23. D. de reb. cred. 12. 1.
L. 17. pr. D. de rei vind. 6. 1.
L. 1. C. de rebus alien. non alien. 4. 51.
L. 49. D. de neg. gest. 3. 5.
L. 3. C. de rei vind. 3. 32.
Erkenntniß Dessauer ca. Aub. Februar 1854.*)

und daß hier Nichtvindicabilität der veräußerten Gegenstände anzunehmen ist, kann den Umständen nach keinem Zweifel unterliegen.

---

*) Siehe Bd. I. S. 159.

Vergl. Erk. Ponsick Erben ca. Quilling'sche Gläubiger, Januar 1860.*)

Von diesem Gesichtspunkte sind denn auch die vorigen Richter bei der Beurtheilung dieses Punktes ausgegangen, wie aus dem Schlusse des bezüglichen Theils der Entscheidungsgründe erhellt, wo ausdrücklich bemerkt worden ist, daß der Beklagte nur den „Erlös“ der veräußerten Gegenstände zu ersetzen schuldig sei, was übrigens selbstverständlich nur von den Gegenständen zu verstehen ist, welche vor dem klägerischen Rückforderungsverlangen veräußert worden sind.

L. 20. § 11. L. 25. § 7. D. de hered. pet. 5. 3.

*) Siehe Bd. V. S. 226.

229.

Moritz Bauer zu Wien, Klägers, Appellaten gegen die Curatoren des **J. L. L.**, Beklagte, Appellanten.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1860.

A. Mittelst ihrer ersten, die Hauptsache betreffenden Beschwerde haben die Beklagten ihre beiden ersten Beschwerden voriger Instanz wiederholt, wovon die eine die Zulassung der zur Führung von Einredebeweisen denominirten beiden Zeugen, die zweite eine andere Normirung des eventuell zugeschobenen Eides hinsichtlich zweier Beweissätze bezweckt. Soviel nun

I. jene erstere Beschwerde betrifft, so stellt sich dieselbe, soweit

1) gegen die Verwerfung des testis 1 des M. E. gerichtet, als unbegründet dar. Der genannte Zeuge ist derjenigen Verbindlichkeit des beklagtischen Curanden, über welche er vernommen werden soll, der im Juli 1848 contrahirten Darlehensschuld von fl. 3500 C. M. laut der darüber beigebrachten Documente „als Bürge und Zahler" beigetreten, und wenn er danach auch nicht in dem Sinne ein Zeuge in eigener Sache ist, daß ihn der Ausgang des jetzigen Prozesses direct verpflichten würde, so hat er doch dem Kläger für den ganzen Umfang jener Verbindlichkeit in gleichem Maße zu haften, wie der beklagtische Curand selbst, und hat daher ein unmittelbares Interesse, die Einreden, worüber er vernommen werden soll, zu bestätigen und damit den Anspruch des Klägers als unbegründet darzustellen. Ein solches, auf concurrirende oder eventuelle Haftung des Zeugen gegründetes Interesse fällt aber, wie auch vom Ober-

Appellationsgerichte schon wiederholt anerkannt worden ist, unzweifelhaft mit unter die Vorschrift der Reform. Th. I. Tit. 33. § 13, und es versteht sich danach von selbst, daß die bloße Möglichkeit, der Zeuge könnte, einer dem Kläger günstigen Aussage ungeachtet, sobald er selbst belangt werden sollte, ein anderes Resultat für sich herbeiführen, nicht in Betracht gezogen werden darf. Der Einwand der Beklagten, daß das fragliche Interesse des Zeugen ihn hier deßhalb nicht zum völlig unzulässigen mache, weil, wenn die Beklagten verurtheilt würden und in Folge dessen dem Kläger Zahlung leisteten, der Zeuge von seiner Verbindlichkeit befreit werde, demselben aber die Zahlungsfähigkeit der beklagtischen Curatel wohlbekannt sei, erscheint unbegründet. Theils nämlich ist die Zahlungsfähigkeit der beklagten Partei, über welche actenmäßig nichts vorliegt, ein jederzeit veränderliches factisches Verhältniß, und nichts berechtigt zu der Annahme, daß der Zeuge so genau mit der Vermögenslage des beklagtischen Curanden bekannt sein und ein so unbedingtes Vertrauen zu derselben haben werde, daß er deßhalb das nächstliegende Interesse, seiner rechtlichen Haftung entgegenzuwirken, bei Seite setzen sollte. Theils aber würde auch die Voraussetzung eine unrichtige sein, daß der Zeuge nur dann zu haften hätte, wenn der Kläger von den jetzigen Beklagten keine Zahlung zu erlangen vermöchte, denn nach § 1357, vergl. mit § 891 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, haftet der, welcher sich „als Bürge und Zahler" verpflichtet hat, als ungetheilter Mitschuldner (correus), und ist dem Gläubiger die Wahl unter mehreren ungetheilten Mitschuldnern selbst nach erhobenem Prozeß gegen einen derselben vorbehalten, so daß der jetzige Kläger jederzeit befugt sein würde, unter Abstehen von der dermaligen Klage den Zeugen auf die ganze Schuld in Anspruch zu nehmen. Unter diesen Umständen liegt das eigene Interesse des Zeugen bei der zu erstattenden Aussage klar vor, und kann es auf die Behauptung des Klägers, daß der Zeuge auch der L.'schen Curatel, wenn diese zur Zahlung genöthigt werde, regreßpflichtig sein würde, nicht weiter ankommen.

Wenn die Beklagten außerdem noch meinen, daß die Vorschrift der Reform. Th. I. Tit. 33. § 14 hier Anwendung finden müsse, so steht dem entgegen, daß, wenn diese Vorschrift überhaupt über

bestimmte einzelne Verhältnisse hinaus für anwendbar zu halten ist, dieselbe doch nur da eintreten könnte, wo der Mangel anderer Zeugen auf der besonderen Natur des Verhältnisses beruht, worüber die Zeugen vernommen werden sollen,

vergl. Frankf. Präjudicate Gossi ca. Mettenheimer u. Simon, Januar 1851.*)

Strauß ca. Hildebrand, October 1855.**)

— was hier offenbar nicht der Fall ist — und daß die Vorschrift auf Zeugen, welche ein eigenes Interesse an der Sache haben, der Natur der Sache nach überhaupt nicht bezogen werden darf.

Was sodann

2) den zweiten Zeugen J. P. zu Wien betrifft, so steht ihm ein eigenes Interesse an der Sache nicht entgegen, da er in Betreff der ersten Darlehensforderung (worüber er gleichfalls mit denominirt ist) überhaupt unbetheiligt erscheint, und bei der zweiten, wo er der ursprüngliche Darleiher und Cedent war, zunächst doch nur ein Interesse haben könnte, für die Richtigkeit des in den Urkunden enthaltenen Geschäftes, also gegen die Producenten auszusagen, weßhalb auch die Erwägung, daß er durch Bestätigung der Simulationseinrede etwa versucht sein könnte, sich von seiner (die Güte der Forderung mit umfassenden) Haftung als Cedent loszumachen, ihn in keinem Fall zu einem ganz unzulässigen Zeugen machen würde. Hier kommt es daher nur darauf an, ob der Zeuge deßhalb zu verwerfen sei, weil er wegen des Verbrechens des Betruges von dem Strafgerichte erster Instanz zu Wien verurtheilt worden ist und weil eine Aussage desselben zu Gunsten der Producenten anscheinend in Widerspruch mit dem Inhalt jener Urkunden treten würde. Nun läßt sich

a) den vorigen Gerichten darin nicht beipflichten, daß P., auch wenn er nur ein verdächtiger Zeuge wäre, doch deßhalb gar nicht abzuhören sei, weil seine allein stehende Aussage an der Entscheidung des Rechtsstreites durch einen Eid des Klägers nichts ändern würde. Zunächst ist davon auszugehen, daß die Aussage des Zeugen, sofern sie entschieden zu Gunsten der Beklagten ausfiele, selbst bei Annahme

*) Siehe Bd. II. S. 210.
**) Siehe Bd. II. S. 208.

eines hohen Grades von Verdächtigkeit, doch immer den Kläger zu einem Reinigungseid verpflichten würde, da die Zuerkennung des Reinigungseides nicht von weiteren Gradationen eines nicht zur Hälfte geführten Beweises abhängt, sondern, wie bereits wiederholt vom Ober-Appellationsgerichte erkannt worden ist,

Frankf. Keller ca. Geyer, December 1847.*)

Kremenz ca. Horst, Februar 1857.**)

auch durch eine geringe, für den Producenten gelieferte Vermuthung begründet wird. Sodann läßt sich aber dem Producenten, wenn es sich darum handelt, ob sein Gegner einen Reinigungseid oder den eventuell deferirten Schiedseid zu schwören habe, das Recht nicht bestreiten, auf der Ableistung des ersteren, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, zu bestehen. Denn wenn es auch dahin gestellt bleiben kann, ob der von den Beklagten dafür geltend gemachte Grund, daß die Aussagen des zu vernehmenden Zeugen auf den Entschluß des Klägers zur Eidesleistung von Einfluß sein könnten, als entscheidend anzuerkennen sein möchte, so besteht doch in der Wirkung beider Eide auch ein rechtlicher Unterschied, indem das Ergebniß des geschworenen Schiedseides nur durch den Nachweis eines Meineides, das des Reinigungseides aber schon durch neu aufgefundene Beweismittel über seine objective Unrichtigkeit entkräftet werden kann. Wenn deßhalb auch das Ober-Appellationsgericht bei der geringen practischen Wichtigkeit des Unterschiedes schon wiederholt von der Abänderung eines Erkenntnisses auf den deferirten Eid in die Auferlegung eines an sich begründeten Reinigungseides in Ermangelung eines darauf gerichteten speciellen Antrages abgesehen hat, so kann doch ein deßfallsiges ausdrückliches Verlangen des Producenten nicht unberücksichtigt bleiben, und kann daher auch die Einleitung eines Beweisverfahrens, welches im günstigsten Falle nur zu einem Reinigungseide zu führen vermag, nicht um deßwillen, weil der eventuell deferirte Eid bereits acceptirt ist, verweigert werden.

Sonach kommt es

b) nur darauf an, ob P. schon gegenwärtig sich als ein völlig unfähiger Zeuge darstelle, und das mußte verneint werden.

---

*) Siehe S. 280.

**) Siehe Bd. III. S. 106.

Von den beiden gegen den Zeugen geltend gemachten Umständen ist der eine, nämlich der, daß der Zeuge durch eine den Beklagten günstige Aussage mit dem Inhalte der Urkunden [5] und [6], namentlich mit der von ihm ausgestellten Cessions-Urkunde [6] in Widerspruch treten würde, für sich allein offenbar kein Verwerfungsgrund. Wollte man die Aussage, sofern sie zu jenem Widerspruche gelangte, für völlig werthlos halten, so würde darin doch nur ein Anlaß liegen können, die Vernehmung des Zeugen insoweit, als gerade die Entstehung der in [5] und [6] beurkundeten Rechtsgeschäfte in Frage steht, nicht aber auch rücksichtlich aller übrigen Beweissätze abzuschneiden. Allein auch in Beziehung auf den Inhalt von [5] und [6] läßt sich eine Unzulässigkeit des Zeugen nicht behaupten. Er soll aussagen, einmal daß er statt des jetzigen Klägers, welcher der wirkliche Darleiher gewesen, als Darleiher aufgeführt worden sei, dann, daß bei Auszahlung des Darlehens die halbjährigen Zinsen à 5 pCt. vorabgezogen worden seien. Das eine wie das andere würde eine im Einverständniß der Contrahenten vorgenommene Simulation sein, deren Bestätigung durch den Zeugen eben dieses Einverständnisses wegen keinen inneren Widerspruch mit dem Wortlaut der Urkunden in sich schlösse. Auch ein Bedenken gegen die Moralität des Zeugen würde aus der Bestätigung dieser Simulationen ohne Kenntniß der näheren Umstände noch nicht mit Sicherheit entnommen werden können, und würde ohnehin den Zeugen doch nur verdächtig machen, ihm auch möglicher Weise das Recht zur Verweigerung seines Zeugnisses geben, nicht aber seine Unfähigkeit begründen.

Was sodann den anderen und hauptsächlichen Einwand gegen den Zeugen, seine Verurtheilung wegen Betruges, betrifft, so kann die theoretische Frage, inwieweit begangene Verbrechen vom Zeugniß ausschließen, dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls leidet es keinen Zweifel, daß die Verübung eines Verbrechens, welches den Mangel aller Wahrheitsliebe oder völlige moralische Unwürdigkeit in entschiedener Weise bekundet, den Thäter, abgesehen von etwa nachgewiesener Besserung, zu einem völlig unglaubwürdigen Zeugen macht; und eben so wenig, daß ein durch die Größe des Objectes oder durch die Art der Verübung qualificirter, eine schwere Criminalstrafe nach

sich ziehender Betrug jenen Verbrechen beigezählt werden muß. Nun ist nach dem gerichtlichen Attest der Zeuge P. am 7. April 1858 wegen des „Verbrechens" des „Betruges" zum „schweren Kerker" verurtheilt worden, einer Strafe, welche nach dem österreichischen Strafgesetzbuche von 1852 (§ 12, 14, 16, 18, 27) den härtesten, mit Fesselung der Füße und Zwangsarbeit verbundenen Grad der Freiheitsstrafe ausmacht, und wegen des Verbrechens des Betruges nur dann, wenn der Gegenstand desselben über fl. 300 steigt, oder dem Thäter besondere Kühnheit oder Arglist, oder gewohnheitsmäßige Betrügerei zur Last fällt, dann aber nicht unter einer Dauer von 5 Jahren erkannt werden soll (§ 203). Die Richtigkeit dieses Urtheils vorausgesetzt, fiele hiernach dem Zeugen ein objectiv oder subjectiv so schwerer Betrug zur Last, daß ihm unbedenklich jede Glaubwürdigkeit abgesprochen werden mußte. Allein nach dem gedachten Atteste hat sich P. bei dem Urtheil nicht beruhigt, sondern Berufung dagegen ergriffen, weßhalb dasselbe eine juristische Gewißheit über die Verübung des Verbrechens, die der Kläger auf anderem Wege nachzuweisen nicht unternommen hat, nicht zu liefern vermag. Sollte das Urtheil in höherer Instanz wesentlich abgeändert werden, so würde dies auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen von mehr oder weniger erheblichem Einfluß sein; ja es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß er durch sein Rechtsmittel die Anerkennung völliger Unschuld erwirkte, und dann wenigstens in Beziehung auf die Beweissätze, welche nicht die Entstehung der Urkunden [5] und [6] betreffen, als classischer Zeuge betrachtet werden müßte. Man hat nun zwar wohl aus

l. 3 § 5. l. 20. D. de testib. (22. 5).

c. ult. X. de testib. (2. 20).

bisweilen den allgemeinen Satz abgeleitet, daß derjenige, welcher sich wegen eines ehrlos machenden Verbrechens in Untersuchung befinde, ebenfalls schon als unzuläßiger Zeuge gelten müsse.

Linde, Lehrb. ed. 7. § 258.

Heffter, Syst. § 239.

Allein alle jene Stellen sprechen nur von dem Zeugniß in Criminalsachen und dürfen, bei den besonderen dem Satz hier zur Seite stehenden Gründen, auf die Zeugenvernehmung in Civilsachen nicht ausgedehnt werden.

Böhmer, jus eccl. Prot. II. 20. § 6.

Mittermeier in von Zu Rhein's Jahrb. des bürgerl. Proz. Bd. I. S. 201 flg.

Vergl. Frankf. Präjudicat. Kellermann ca. Wolz, Nov. 1839.*)

Vielmehr kann in Civilsachen ein wegen schweren Verbrechens in Untersuchung befindlicher Zeuge nur als ein verdächtiger angesehen werden. Die in erster Instanz erfolgte, aber durch ein Rechtsmittel angefochtene strafgerichtliche Verurtheilung des Zeugen erhöht nun freilich den durch die Untersuchung veranlaßten Verdacht in bedeutendem Maße, kann ihn aber doch noch nicht bis zur völligen Unzulässigkeit steigern.

Da nun die in einem Falle der Art nahe liegende Maßregel einer Aussetzung des Zeugenverhöres bis zur definitiven Entscheidung der Criminalsache sich nicht ohne Einwilligung **beider** Parteien rechtfertigen würde, so blieb nur übrig, die Vernehmung des Zeugen mittelst Requisition unter Vorbehalt aller Einreden des Klägers anzuordnen. Da indessen die Strafsache gegen P. inzwischen bereits wahrscheinlich ihre Erledigung gefunden haben wird, so erschien es angemessen, die Anordnung davon abhängig zu machen, daß der Kläger nicht noch binnen einer Frist von 4 Wochen die Bestätigung des Strafurtheils in letzter Instanz, oder P.'s Unterwerfung unter dasselbe, nachweisen sollte, wobei es selbstverständlich nur darauf ankommen kann, daß es bei der Verurtheilung wegen qualificirten Betruges verblieben sei, während eine bloße Herabsetzung der Strafe an der Unfähigkeit zum Zeugniß nichts ändern würde. Durch den Vorbehalt aller Einreden bleibt dem Kläger jedenfalls das Recht gewahrt, jenen Nachweis auch noch später bis zur Definitivsentenz zu liefern und dadurch nachträglich die gänzliche Werthlosigkeit des P.'schen Zeugnisses zur Anerkennung zu bringen.

II. Die jetzt wiederholte **zweite Beschwerde** voriger Instanz, dahin gerichtet, daß dem Kläger die Ableistung des Eides über die beiden Theile der Beweissätze 2 und 3 nicht alternativ, sondern cumulativ hätte auferlegt werden sollen, stellt sich als frivol dar.

---

*) Siehe S. 281.

Wenn eine Partei über zwei Sätze, worüber ihr cumulativ der Beweis auferlegt wurde, den Eid zuschiebt und der Gegner leistet denselben über einen von beiden Sätzen ab, so folgt von selbst, daß der auferlegte Eid überhaupt mißlungen ist. Dies ist aber eine so nothwendige Consequenz der cumulativen Beweisauflage, daß ihre Berücksichtigung sowohl bei der Delation, als bei der Acceptation des Eides als eine ganz selbstverständliche vorausgesetzt werden muß, und es daher bei der Acceptation nicht erst eines besonderen Vorbehaltes bedarf, um der Annahme zu entgehen, daß die Negative, der Natur der Sache zuwider, in cumulativer Form beschworen werden solle.

B. Bei der theilweisen Abänderung der Hauptentscheidung mußte der jetzigen zweiten Beschwerde der Beklagten insoweit entsprochen werden, daß die Kosten voriger Instanz zur Hälfte zu compensiren waren, wie aus demselben Grunde auch über die Kosten jetziger Instanz in gleicher Weise zu entscheiden war.

Auszüge aus den Seite 276 und 279 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Keller ca. Geyer. 1847.

Ein durch die Zeugenaussagen gegen den Beklagten begründeter Verdacht, in der zu Beweis gestellten Zeit der Klägerin geschlechtlich beigewohnt zu haben, würde zwar ohne Rücksicht auf die Stärke des Verdachts in Abgang anderer Wahrheitserforschungsmittel die Nothwendigkeit eines dem Beklagten aufzuerlegenden Reinigungseides begründen, welcher von dem Dasein einer ansehnlichen Vermuthung gegen den Beklagten keineswegs abhängig erklärt werden kann. Denn nicht einem ansehnlichen Verdachte gegenüber soll der Beklagte nach § 9 der Reform. 1, 39 seine Unschuld betheuern, sondern, wie nach canonischem Rechte schon eine einfache Vermuthung für die Wahrheit des Beweissatzes hinreicht, den Richter zum Gebrauche des Reinigungseides zu bestimmen,

c. 36. X. de jurejur. (2. 24)

so soll auch nach dem angezogenen Paragraphen der Reformation der Beklagte zur Ableistung des Reinigungseides nur aufgefordert

werden, damit er sich allen bösen Verdachts und Argwohns ledige. Eine Beschränkung des Richters in dem Gebrauche dieses Eides kann auch aus dem in Schwängerungssachen noch beibehaltenen § 13 der Reform. 1, 39, welcher die Parteien in dem Gebrauche des Schiedseides beschränkt und diesen an die Voraussetzung ansehnlicher oder starker für den Beweissatz sprechender Vermuthungen knüpft, nicht hergeleitet werden, da der in der Besorgung des Mißbrauchs liegende Grund der Beschränkung der Streittheile im Gebrauche des Eides auf das Richteramt keine Anwendung findet.

2) Kellermann ca. Wolz. 1839.

Wird gegen den Zeugen M. O. noch besonders vorgebracht, daß er in einer schweren Criminaluntersuchung wegen Todtschlags verwickelt gewesen und nur ab instantia absolvirt worden sei: — — allein die Gesetze

l. 20. D. de testib.
l. 56. X. de testib.

reden theils nur von dem Zeugnisse in Criminalsachen, theils bloß von noch anhängigen Untersuchungen, welches letztere Moment gerade der Anwendung des Verbotes auf den Fall, wenn die Untersuchung durch die absolutio ab instantia beendigt ist und nur die Möglichkeit einer Wiederaufnahme übrig bleibt, im Wege steht.

230.

M. W., Klägerin, jetzt Appellantin gegen **A. A.**, Beklagten, jetzt Appellaten, Schwängerung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. Juni 1860.

Da die in dem Stadtgerichtsurtheil vom 26. October 1857 unter B. ersichtliche, den Deflorationspunkt betreffende Entscheidung in dem am 6. December 1858 eröffneten Erkenntniß bestätigt und hiergegen von dem Beklagten kein Rechtsmittel ergriffen worden ist, so kommen derzeit nur die beiden übrigen Punkte in Betracht, und fragt es sich, ob hier das vorige Urtheil zu bestätigen, resp. wie Beklagter auf dem Wege der Adhäsion beantragt, noch weiter zu dessen Gunsten abzuändern, oder ob die Entscheidungen des Stadtgerichts unter A. und C. wieder herzustellen seien, wie die Klägerin mittelst ihrer ersten Beschwerde gegenwärtiger Instanz beantragt hat. Anlangend nun

A. den der Klägerin in dem Beweisinterlocut vom 17. Oct. 1856 auferlegten Beweis, „daß ihr der Beklagte in der Zeit von Ende Juli bis zum 6. November 1855 geschlechtlich beigewohnt habe," so liegt hierfür

1) ein Zugeständniß des Beklagten vor und zwar dahin, daß er einmal, nämlich im Juni 1855, also kurz vor Beginn der kritischen Zeit, geschlechtlichen Umgang mit der Klägerin gepflogen habe.

2), 3) und 4) — — — — — — — — — — — — —

Das vereinte Gewicht der in den Zeugenaussagen enthaltenen Angaben würde schon für sich allein ausreichend sein, die Klägerin zum Erfüllungseide zuzulassen. Verstärkt aber wird das Gewicht der gegen den Beklagten sprechenden Beweisgründe:

5) wesentlich durch die der Klägerin jedenfalls während der Zeit, wo sie sich bereits für schwanger ausgegeben hatte, von dem Beklagten in Raten gemachte Zahlung einer Summe von fl. 200. — Alles, was der Beklagte gegen das Gewicht dieser Beweismomente vorbringt, die unzutreffende Zeit (die kritische begann der bekannten Rechtsvermuthung zufolge schon am 11. Juli), die Veranlassung der Besuche durch die angeblich vorgespiegelte Schwangerschaft und die nur hierdurch veranlaßten Geldzahlungen, verdient keine Beachtung. Vielmehr wäre dem bisher Entwickelten zufolge der der Klägerin obliegende Beweis für fast vollständig geführt zu erachten, falls derselbe nicht durch Gegenbeweismomente geschwächt werden sollte. Nun bietet aber

6) der von dem Beklagten unternommene Gegenbeweis keineswegs Momente dar, aus denen sich entnehmen ließe, daß der Erfüllungseid in einen Reinigungseid umgewandelt werden müsse. Denn wenn auch der Gegenbeweiszeuge Dr. M. aus dem Munde der Klägerin, deren Verhältnisse zu dem Beklagten er als Sachwalter zu ordnen hatte, vernommen haben will, sie habe nur einmal mit dem Beklagten zu thun gehabt, und wenn auch die Zeugin R. in gleicher Weise von der Klägerin gehört zu haben behauptet, dieselbe habe sich nur einmal mit dem Beklagten vergessen, so kommt doch Alles darauf an, wann solches der Fall gewesen ist. Nun aber hat der Zeuge Dr. M. ausdrücklich erklärt, der ihm von der Klägerin bezeichnete Tag sei nicht vor den 20. Juli gefallen, und die Zeugin R. hat sich über den Zeitpunkt des vollzogenen Beischlafs direct gar nicht ausgesprochen, sondern nur dahin, die Klägerin habe stets gesagt, sie erwarte ihre Niederkunft Ende Februar 1856, woraus sich auf einen Ende Mai stattgehabten Beischlaf schließen ließe. Es fragt sich daher zunächst, ob es zulässig ist, die in diesen Aussagen enthaltenen Momente zu trennen und so zu sagen: durch zwei Zeugen sei ein außergerichtliches Geständniß der Klägerin erwiesen, es habe nur einmal ein Beischlaf zwischen ihr und dem Beklagten stattgefunden; es müsse nunmehr des Weiteren ermittelt werden, wann dieses der Fall gewesen sei. Dafür, daß die Angabe des Beklagten die richtige sei, dieser Beischlaf habe im Juni stattgefunden, komme zunächst der Umstand in Betracht, daß die Klägerin in ihrer

Replik einen damals stattgehabten Beischlaf nicht ausdrücklich in Abrede gestellt habe, mithin dieser Behauptung als geständig erachtet werden müsse. Es trete hinzu die Aussage der Zeugin R., betreffend die Zeit, zu welcher die Klägerin ihre Niederkunft zu erwarten angegeben habe, welche sehr wohl zu einem im Juni stattgehabten Beischlaf passe. Endlich komme in Betracht, daß die Klägerin für geständig zu erachten sei, im September selbst erklärt zu haben, daß sie sich im dritten Monat ihrer Schwangerschaft befinde, was wiederum auf den Juni hinweise. — Allein diese ganze Deduction leidet an erheblichen Mängeln. Zunächst konnte es nämlich

a) nicht als juristisch feststehend erachtet werden, daß der Beklagte mit der Klägerin nur einmal den Beischlaf vollzogen habe. — Zwar sprechen dafür die Aussagen der schwankenden Zeugin R. und die des Dr. M. Diese letztere war aber als classisch anzusehen, da die Unfähigkeit eines Anwalts über dasjenige, was er von seinem Clienten bei Gelegenheit der Rechtsverfolgung in Erfahrung gebracht hat, Zeugniß abzulegen,

arg. Nov. 90. c. 8.

Frankf. S. Dr. Müller zur Untersuchung wider Saule, 26. Nov. 1844.*)

durch Verzicht gehoben werden kann, und die deßfallsige Erklärung der Klägerin bei Gelegenheit der Abhörung des Dr. M. als Beweiszeuge des Beklagten auch auf dessen Aussage als Gegenbeweiszeuge bezogen werden mußte, da die Klägerin in Begleitung eines Rechtsbeistandes auch bei dieser Vernehmung zugegen gewesen ist, und weder damals noch später gegen die beweisende Kraft des betreffenden Zeugnisses Etwas eingewendet hat. Allein die beweisende Kraft dieses außergerichtlichen Geständnisses selbst unterliegt erheblichen Bedenken. Ob dieselbe geneigt war, ihrem Anwalt den ganzen Umfang ihres Verhältnisses zu dem Beklagten mitzutheilen, ist nichts weniger als liquide. Zur Verpflichtung des Beklagten genügte es vollkommen, wenn ein einziger Beischlaf innerhalb der kritischen Zeit vorlag. — Daß die Klägerin einem jungen Manne gegenüber in ihren Enthüllungen weiter gegangen sein sollte, als nothwendig war,

*) Seite 290.

ist durchaus nicht wahrscheinlich, da noch sehr viel daran fehlt, sie als eine Person zu betrachten, welcher einem Manne gegenüber die Schamhaftigkeit abhanden gekommen wäre. Zwar ist der Beklagte bemüht, sie nach dieser Richtung hin in einem unvortheilhaften Lichte darzustellen.

Allein seine Behauptung von dem einmaligen zufälligen Zusammentreffen und dem bei dieser Gelegenheit vollzogenen Beischlaf, was auf eine Straßendirne hindeuten würde, hat durch die Zeugenaussagen sattsam seine Widerlegung gefunden; und die im ersten Verfahren aus dem Umgang mit jungen Engländern entnommenen Verdächtigungsgründe zu beweisen, hat der Beklagte überall nicht versucht. — Wenn endlich in den Gründen zum vorigen Urtheil geltend gemacht wird, die Klägerin habe sich in dem gegenwärtigen Prozesse als eine von dem Beklagten dauernd unterhaltene Beischläferin darzustellen gesucht, so ist dieses unerheblich, da der Grund dieser Behauptung in dem Umstande liegt, daß die Klägerin die von dem Beklagten erhaltenen Geldsummen zu motiviren hatte. Wenn aber in den Gründen hinzugefügt wird, sie habe ihr unsittliches Verhältniß zu dem Beklagten wiederholt gegen Dritte zur Schau getragen, so findet dieses in den dafür generell in Bezug genommenen Zeugenaussagen eine Bestätigung nicht. — Denn keiner der vernommenen Zeugen hat über vollzogenen Beischlaf eine directe Aeußerung gemacht, vielmehr soll die Klägerin den Beklagten als ihren Bräutigam bezeichnet haben. Zwischen dieser Bezeichnung und dem zur Schau tragen der Liederlichkeit ist aber ein großer Unterschied. Auch erhellt nicht aus den Acten, daß der schwangere Zustand der Klägerin während ihres Aufenthaltes im Hause der D. irgendwie zur allgemeineren Kunde gelangt wäre. — Erst als Klägerin bei der N. wohnte, hat sie dieser eine Mittheilung darüber gemacht, allein keineswegs von freien Stücken, sondern vielmehr erst dann, als diese ihr darüber einen Vorhalt machte.

Gegen die Schamhaftigkeit der Klägerin ist also den Acten zufolge Nichts einzuwenden. Sollten jedoch auch der Zeugin N., einer Frau, gegenüber die Gründe der Schamhaftigkeit hinweggefallen sein, so steht doch durchaus nicht fest, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise die Klägerin die fragliche Aeußerung gethan hat,

und es läßt sich daher überall nicht darüber urtheilen, welchen Grad der Wahrhaftigkeit diese Aeußerung anzusprechen berechtigt sei. Es fragt sich daher ferner, ob den vorigen Richtern in der Annahme beigepflichtet werden kann, die Klägerin habe in der Vernehmlassung voriger Instanz das von den Zeugen bekundete Geständniß zugestanden. Allein eine Anwendbarkeit des Artikel 34 auf das, was in den Aussagen von Zeugen vorkommt, ist in

Frankf. Sachen Hirsch wider Thomas, 16. Nov. 1843*)

von dem Ober-Appellationsgerichte nicht zugelassen, und es war der Ansicht der Klägerin beizupflichten, daß aus demjenigen, was sie bei Gelegenheit ihrer Rechtsdeductionen wider die bindende Kraft des bezeugten Geständnisses ausgeführt hat, eine Einräumung desselben nicht abgeleitet werden darf. Wollte man jedoch auch diesem Geständniß ein größeres Gewicht beilegen, so mußte es doch jedenfalls sich als unzulässig darstellen, die Aussage des Zeugen Dr. M. in Theile zu zerlegen. Er hat nicht gesagt, die Klägerin habe nur einmal den Beischlaf mit dem Beklagten vollzogen: darüber, daß dieses in den Juli falle, lägen die und die Beweisgründe vor, sondern dieser letzte Thatumstand beruht ebenfalls auf dem Geständniß der Klägerin: wird er also außer Berücksichtigung gelassen, so fällt auch die beweisende Kraft der ersten Erklärung.

b) Ebenso schwach sind die sonstigen Beweisgründe für die Fälligkeit des einzigen Beischlafs in den Juni. Ein Zugeständniß der Klägerin nach dieser Richtung hin darf nicht fingirt werden. Die Klägerin ist allerdings verpflichtet, sich in ihrer Replik über die von dem Beklagten auf dem Wege der Einrede geltend gemachten Thatumstände, bei Vermeidung der Fiction des Eingeständnisses, zu erklären, und es kann darüber gestritten werden, ob die in Rede stehende Angabe des Beklagten als eine Einrede oder ein Theil der negativen Litiscontestation zu betrachten sei, und bei der letzteren Auffassung die Pflicht zu antworten hinwegfalle. Denn wenn man auch diesen Thatumstand als zugestanden ansieht, so folgt doch daraus weiter nichts, als daß die Klägerin geständig ist, nicht bloß während der kritischen Zeit, sondern schon früher, wie nach der

*) Seite 295.

Zeugenaussage überdies wahrscheinlich wird, mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt zu haben. Es darf aber nicht für zulässig erachtet werden, aus der Gesammtzahl der fleischlichen Vermischungen eine beliebige herauszugreifen und dieselbe mit dem Ergebniß eines außergerichtlichen Geständnisses willkürlich in Verbindung zu bringen. Denn mit demselben Rechte, wie der Beklagte die aus dem Juni für sich in Anspruch nimmt, kann die Klägerin unter Berücksichtigung der sonstigen Beweismomente den Inhalt jenes Geständnisses auf eine spätere Zeit beziehen. Nicht mehr ergibt sich aus den Angaben der Klägerin über die Zeit der von ihr erwarteten Niederkunft. Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß, wenn die Ansicht aufgestellt ist, die Klägerin müsse für geständig erachtet werden, im September 1856 dem Beklagten geschrieben zu haben, sie befinde sich im dritten Monat ihrer Schwangerschaft, weil sie nicht angegeben habe, wie die Sache sich anders verhalte, so erscheint diese Anwendung der betreffenden Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes verwerflich. Es genügt, wenn die Klägerin erklärte, ihr Brief habe jenen Inhalt nicht gehabt: darüber, was sie sonst geschrieben, brauchte sie sich nicht auszulassen, sondern konnte zuvörderst Edition des Briefs verlangen. Jedenfalls besagte dieser Brief nichts mehr, als was in der angeblichen mündlichen Erklärung der Klägerin enthalten war, nämlich, daß sie im März 1856 ihre Niederkunft erwarte. Diese Erklärung aber hat sie jedenfalls klar genug in Abrede gestellt, indem sie eventuell den ihr hierüber zugeschobenen Eid angenommen hat. Zunächst freilich wird von ihr und zwar mit Recht die Erheblichkeit dieses Umstandes in Abrede genommen; denn nichts kommt häufiger vor, als daß Personen, die zum ersten Mal entbunden werden sollen, über den Zeitpunkt, wann dies der Fall sein werde, sich im Irrthum befinden. Ihr Brief so wenig wie ihre sonstige Angabe vermögen daher der Klägerin im Mindesten zu präjudiciren, und der ganze Beweis über einen im Juni stattgehabten Beischlaf stellt sich also als unzureichend heraus.

7) Das Gewicht der unter Nr. 6 geltend gemachten Gegenbeweismomente wird auch nicht dadurch in erheblicher Weise gehoben, daß die Zeugin N. ausgesagt hat, die Klägerin habe ihr erzählt, als sie dem Beklagten mitgetheilt, sie sei von ihm schwanger, habe

dieser nichts darauf erwiedert; ein Anderer wäre vielleicht grob gewesen, der Beklagte sei doch ein guter Hammel. Abgesehen nämlich davon, daß diese Aeußerung nicht ausreichend in juristische Gewißheit gesetzt ist, so erscheint auch der Inhalt derselben viel zu vage, als daß man darin eine bestimmte Anzeige dafür finden könnte, die Klägerin habe den Beklagten getäuscht, indem namentlich zu berücksichtigen ist, daß die Frage des Anwalts des Beklagten den Satz enthält: „Beklagter habe solches sogleich geglaubt," während die Antwort diesem Satz den substituirt: „Beklagter habe nichts darauf erwiedert," und ferner, daß in der Frage „der gute Hammel" nur auf die Gläubigkeit des Beklagten bezogen werden kann, in der Antwort dagegen den Gegensatz zum Grobwerden bildet.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der wider den Beklagten fast vollständig geführte Beweis durch den versuchten Gegenbeweis nicht in dem Maße geschwächt wird, daß die nur bei völliger Zweifelhaftigkeit des Uebergewichts der Beweismomente in Betracht kommende Frage, welchem von beiden Theilen seiner Moralität und bürgerlichen Stellung nach vorzugsweise vom Richter der Eid aufzuerlegen sei, in dem gegenwärtigen Falle in Betracht kommen könnte. Die in dieser Beziehung in den Gründen zum vorigen Erkenntniß enthaltenen Ausführungen bedürfen daher eben so wenig einer Widerlegung, wie die Ausführungen, durch welche der Beklagte seine beiden Adhäsionsbeschwerden zu begründen sich bemüht hat, indem deren Verwerflichkeit sich aus der obigen Ausführung von selbst ergibt.

B. Anlangend sodann den dem Beklagten nachgelassenen Beweis der Aufrechnung der der Klägerin gegebenen fl. 200 auf Kindbettkosten und Alimente, so konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch in dieser Beziehung das Urtheil des Stadtgerichts wieder herzustellen sei. Es enthält nämlich:

1) die Aussage des Dr. M. überall nichts, was für den Beweissatz in Betracht kommen könnte. Denn die persönlichen Bedürfnisse, deren der Zeuge gedenkt, sind nicht die des Kindes, sondern die der Mutter, und die Krankheitskosten, von denen er spricht, stehen mit der späteren Niederkunft in keinerlei Zusammenhang. Daß aber Aeußerungen, welche bei den späteren Vergleichsverhand-

lungen vorgekommen sein mögen, insbesondere der Entwurf der Abfindung, überall nicht in Betracht kommen können, versteht sich ganz von selbst. Ebenso ist aber

2) die Unrichtigkeit der Ansicht des Beklagten, die Anrechnung sei nothwendig, weil Schenkungen nicht vermuthet würden, außer Zweifel. Denn eine reine Schenkung liegt hier nicht vor, sondern nur eine Gabe aus einem Grunde. Dieser Grund ist kein ehrenwerther, sondern nur das geschlechtliche Verhältniß. In einem derartigen Falle kann aber von einer Zurückforderung abseiten des Gebers überall nicht die Rede sein.

3) Daß endlich nicht mit den Gründen zum vorigen Urtheil, denen sich Beklägter in jetziger Instanz angeschlossen hat, eine factische Vermuthung dafür, die fl. 200 seien für Niederkunft und Alimentation bestimmt gewesen, aus der Thatsache des Beischlafs in Verbindung mit der Gutmüthigkeit, mit welcher Beklagter die Mittheilung von der Schwangerschaft hingenommen habe, abgeleitet werden kann, bedarf keiner Auseinandersetzung. Jedenfalls steht dem eine eben so starke Vermuthung dafür entgegen, daß ein anständiger Mensch eine von ihm Geschwängerte, die also durch ihn genöthigt ist, ihren bisherigen Dienst aufzugeben und ihrer Lage wegen für ihren Unterhalt nur mit Schwierigkeit zu arbeiten vermag, eine Unterstützung zu Theil werden läßt, welche jene Lage erleichtert.

Alles, was für den in Rede stehenden Beweissatz vorliegt, besteht

a) in dem Zeugniß der Ehefrau N. Dieses Zeugniß ist bei dem Hingeben der Geldrolle von fl. 100 außerordentlich schwankend; das eigentliche Beweisthema aber berührt dieselbe in einer sehr unbestimmten Weise. Nachdem sie nämlich erklärt hat, außer jenen fl. 100 noch zwei Fünfzigguldenrollen im Besitz der W. gesehen zu haben, erwidert sie auf die Frage des Anwalts des Beklagten, ob die Klägerin nicht erklärt habe, das Geld, welches ihr Herr A. gegeben, sei für ihre Niederkunft in Darmstadt bestimmt: „Das hat sie mir nicht gesagt, sie hat nur geäußert, sie bekomme noch etwas Geld von Herrn A., ehe sie nach Darmstadt abreise.“ Schwerlich aber kann aus dieser Aeußerung, wenn überhaupt etwas, irgend mehr abgeleitet werden, als eine schwache Anzeige dafür, daß A.'s Gaben auf die Kosten der Niederkunft sich bezogen.

b) Die Größe der von dem Beklagten der Klägerin gegebenen Summe, welche man geneigt sein könnte, in Beihalt des Standes der Klägerin, als unverhältnißmäßig groß zu betrachten, wenn dadurch nicht mehr als der Unterhalt und die sonstigen persönlichen Bedürfnisse gedeckt werden sollten. — Berücksichtigt man indessen das der Beweisführung der Klägerin zufolge von dem Beklagten mit derselben längere Zeit fortgesetzte Verhältniß und den Umstand, daß die Klägerin während ihrer Schwangerschaft seit Ende August 1855 nichts verdiente und kränklich war, so konnte doch der erwähnten Unwahrscheinlichkeit, selbst in Verbindung mit der aus der Zeugenaussage der N. hervorgehenden Anzeige, nur so viel Gewicht beigelegt werden, um einen Reinigungseid der Klägerin zu rechtfertigen.

Dem Vorstehenden zufolge kommt es auf die dritte Beschwerde der Klägerin nicht weiter an. Dagegen mußte die zweite Beschwerde derselben, mittelst welcher sie die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten voriger Instanz beantragt, verworfen werden, da beim Wechsel der Erkenntnisse die Kosten der höheren Instanz, der hiesigen Praxis zufolge, zu vergleichen sind. Aus dem gleichen Grunde waren die in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten zur Hälfte zu vergleichen, die andere Hälfte aber dem Beklagten allein zur Last zu legen, da seine beiden Adhäsionsbeschwerden verworfen werden mußten.

Auszüge aus den Seite 284 und 286 angeführten Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts in Sachen:

1) Untersuchungssache gegen Gaulé. 1844.

Die Weigerung des Appellanten, Dr. Siegmund Friedrich Müller, sich in der Untersuchungssache, welche gegen die Gastwirthe Gaulé und Prenck wegen der Anschuldigung eines gegen G. P. begangenen Betruges anhängig ist, als Zeuge vernehmen zu lassen, gründet derselbe darauf, daß er in dem Civilprozesse jener Gastwirthe gegen P. deren Sachführer bis zu der Zeit, da er ihr Mandat zurückgegeben habe, gewesen sei.

Dieser Grund kann nun

1) nach gemeinem Rechte nicht für richtig erachtet werden. Denn die gesetzlichen Vorschriften, worauf derselbe gestützt wird,

l. ult. D. de testib. (22, 5) — cap. 3. de testib. in 6^{to} (2, 10).

enthalten keine Bestimmung zu Gunsten der Advocaten, sondern vielmehr nur in dem Interesse der Parteien ein Verbot, sie als Zeugen zuzulassen, wie schon die Worte: ne dicant, ne recipiantur, ergeben, weshalb es auch außer Zweifel ist, daß sie kein Recht haben, ihr Zeugniß zu verweigern, wenn beide Parteien über dessen Zulassung einverstanden sind.

Vergl. Nov. 90. c. 8.

Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, ergibt sich von selbst, daß diese unmittelbar nur auf Civilsachen sich beziehenden Vorschriften keine Anwendung auf den Inquisitionsprozeß leiden, wenn der Richter es für nöthig erachtet, den vormaligen Advocaten des Angeschuldigten als Zeugen zu vernehmen, daß mithin ein solcher Advocat dies Zeugniß, wozu in der Regel Jedermann verpflichtet ist, nicht verweigern darf. Und selbst wenn man dieses Zeugniß zur Ueberführung nicht geeignet halten sollte, so würde dies doch jedenfalls eine vorläufige Vernehmung des Advocaten nicht ausschließen, da dieselbe wenigstens zur Aufklärung der Sache und zur Herbeischaffung anderer Beweismittel beitragen könnte.

Stübel's Criminalverfahren. Bd. 4. § 2434.

Zwar haben einzelne ältere Rechtslehrer den Advocaten von der Verbindlichkeit, sich im Criminalverfahren als Zeuge gegen seinen vorigen Clienten vernehmen zu lassen, freisprechen wollen.

A. Leyseri, Meditatt. Spec. 554, m. 11.

Allein neuere Schriftsteller gestatten mit größerem Rechte diese Befreiung des Advocaten nicht:

Quistorp's Grundſ. des peinl. Rechts. Bd. 2. § 692 und 702.

Kleinschrod, im Archiv des Crim.=Rs. Bd. 6. St. 3. Nr. 2. S. 51.

Tittmann's Strafrechtswissensch. 2. Aufl. 3. Bd. § 791.

Martin's Lehrb. des Crim.=Proz. 3. Aufl. § 78 u. 99.

Bauer's Lehrb. des Strafproz. § 141.

Abegg's Lehrb. des Crim.=Proz. § 124.

Henke's Handb. des Crim.-Rs. 4 Thle. § 96. S. 619 ff.
Mittermaier's deutsches Strafverfahren. § 67.
Müller's Lehrbuch des gem. Crim.-Proz. § 145.

und wenn auch

Stübel a. a. O. § 2437.

den Sachwalter für befugt erklärt, die Ablegung seines Zeugnisses über dasjenige, was sein Client ihm anvertrauet hat, im Criminalverfahren zu verweigern, so steht dies doch mit dem von Stübel selbst

ibid. § 2435.

aufgestellten allgemeinen Grundsatze im graden Widerspruche und wird durch die von ihm angeführten Autoritäten keineswegs unterstützt.

Auch in den neueren Gesetzen über das Verfahren in Strafsachen ist den Sachführern die Verweigerung ihres Zeugnisses in Untersuchungssachen gegen ihre vorige Clientin nicht gestattet.

Oesterr. Gesetzb. über Verbrechen. § 376. 377.
Preuß. Criminal-Ordnung. § 313.
Bayerisches Strafgesetzb. Th. 3. a. 203. 204.

Der Appellant beruft sich dagegen zwar

2) auf das Interesse des Advocaten bei jener Weigerung; allein wenn ein solches Interesse auch nicht zu leugnen wäre, so würde das doch dem wichtigeren Interesse des Staates, daß Verbrechen an den Tag gebracht und die Thäter zur Verantwortung und Strafe gezogen werden, unterzuordnen sein. Wirklich ist aber auch jenes Interesse für den einzelnen Advocaten ganz unerfindlich. Der Appellant fürchtet an seinem Rufe und in seinem Erwerbe zu leiden, wenn er der richterlichen Aufforderung zum Zeugnisse gegen seine vorigen Clienten Folge leisten würde. Allein wenn dies für die Pflicht aller Advocaten erklärt wird, so kann es dem Einzelnen weder in seinem Rufe, noch in seinem Erwerbe schaden, daß er sich jener Aufforderung fügt. Freilich ist es möglich, daß dem ganzen Advocatenstande insoweit aus der Verbindlichkeit der Sachführer zum Zeugniß gegen ihre Clienten in Strafsachen ein Nachtheil erwächst, als es sich wohl denken läßt, daß bei diesem Princip diejenigen, welche sich schlechter Streiche oder Motive bewußt sind, sich hüten werden, einen Advocaten in ihren Rechtssachen zu Rathe zu ziehen; allein es ist von selbst klar, daß dieser Nachtheil weder erheblich

genug, noch überhaupt dazu geeignet ist, die Ablehnung des Zeugnisses der Advocaten zu rechtfertigen, und daß ein Privilegium dieser Art der Ehre und dem wohlverstandenen Interesse ihres Standes nicht gemäß sein würde.

Größeren Anschein hat es allerdings

3) daß der Appellant als Advocat zu Frankfurt sich insbesondere auch auf den in der Reformationsordnung vom 1. Nov. 1641

Beyerbach's Samml. Th. 8. S. 1579 ff. in sp. S. 1581.

vorgeschriebenen Eid beruft, den noch jetzt die Sachführer dort bei ihrer Zulassung leisten müssen.

Bender, Frankf. Civilproz. § 38. not. 9. S. 91.

Darin wird es ihnen zur Pflicht gemacht, „was sie auch von ihren Parteien für Unterrichtungen, Heimlichkeiten und Befehl erfahren, solche derselben zu Nachtheil und Schaden Niemand zu offenbaren.“ Hier sind die Ausdrücke so allgemein, daß es scheint, als müsse auch das Zeugniß vor Gericht in Strafsachen darunter begriffen sein; und es gewinnt dies auch dadurch eine Unterstützung, daß die den Defensoren in Betreff der Heimlichkeiten, welche sie von den Inquisiten erfahren, auferlegte Pflicht der Verschwiegenheit in derselben Allgemeinheit vorgeschrieben ist.

Beil. zur Verordn. für das peinl. Verhöramt vom 4. Dec. 1788 bei Beyerbach a. a. O. S. 1669.

und daß die Defensoren über dasjenige, was die Delinquenten ihnen anvertrauen, nicht vernommen werden. Gleichwohl konnte auch aus diesem Grunde dem Appellanten nicht das Recht beigelegt werden, sein Zeugniß in der fraglichen Untersuchungssache zu verweigern.

Sieht man nämlich

a) auf die Quelle des Frankfurter Advocateneides, so ist derselbe dem in der

Reformation. Th. 1. Tit. 5. § 38

vorgeschriebenen Procuratoreneide nachgebildet worden, und hierbei hat unfehlbar wieder der Advocateneid zum Muster gedient, welcher in die

Cammer-Ger.-Ordn. v. 1555. Th. 1. Tit. 64

aufgenommen ist. Auch hiernach sollen die Advocaten „Heimlichkeit und Behelf, so sie von den Parteien empfahen, oder Unterrichtung

der Sachen, die sie von ihnen selbst merken werden, ihren Partreien zu Schaden Niemands offenbaren." Dennoch hat dies, wie die angeführten Autoritäten ergeben, nicht dahin geführt, ein Uebergewicht der für die Befreiung der Advocaten vom Zeugnisse gegen ihre vormaligen Clienten in Untersuchungssachen stimmenden Rechtslehrer zu erwirken, oder auch nur eine Ausnahme in Betreff solcher Advocaten zu machen, die beim Antritte ihres Berufes eidlich verpflichtet werden, obgleich da, wo dies geschieht, das Reichsgesetz, wenn nicht immer, doch gewiß in den meisten Fällen, ebenso wie in Frankfurt, die Eidesformel bestimmt hat.

b) Es ist auch einem solchen Eide durchaus nicht die Bedeutung beizulegen, daß dadurch den Advocaten eine neue Pflicht auferlegt oder ein besonderes sonst nirgends begründetes Recht eingeräumt werden sollte, sondern die Beeidigung kann nur, wie es bei Amtseiden gewöhnlich ist, den Grund haben, diejenigen Verpflichtungen, welche sich ohnehin aus der Natur der Sache oder aus gesetzlichen Vorschriften ergeben, noch mehr zu verstärken. Nun geht aber aus den Verhältnissen des Advocaten zu seinen Clienten nur die Verpflichtung hervor, deren Geheimnisse nicht aus böser Absicht oder aus Sorglosigkeit Anderen mitzutheilen, und es liegt ihnen an und für sich keineswegs ob, ihr Zeugniß zu verweigern, wenn sie dazu in einer Untersuchungssache gegen ihren Clienten vom Richter aufgefordert werden. Demnach läßt sich auch nicht annehmen, daß sie durch ihren Amtseid dazu verpflichtet oder berechtigt werden sollten.

c) Wollte man endlich annehmen, daß der von den Advocaten zu leistende Eid den vom Appellanten behaupteten Sinn habe, so würde daraus nothwendig folgen, daß dieselben auch in den Fällen, da sie ihren Clienten bei Delicten Vorschub und Beihülfe geleistet zu haben beschuldigt würden, jede Vernehmlassung vor Gericht unter dem Vorwande ablehnen dürften, daß sie dadurch zur Offenbarung der Geheimnisse ihrer Clienten würden genöthigt werden. Wenn nun gewiß Niemand den Advocaten ein so weit gehendes Vorrecht einräumen wird, so ergibt sich daraus die Nothwendigkeit von selbst, nicht bei den dürren Worten des Advocateneides stehen zu bleiben. Geht man aber erst davon ab, so steht auch nichts im Wege, diesen Eid überhaupt auf seinen richtigen Sinn zu beschränken, mithin ihn

nicht von den Fällen zu verstehen, da der Advocat in Strafsachen seiner vormaligen Clienten vom Untersuchungsrichter zum Zeugniß aufgefordert wird, was in manchen Fällen zur Entdeckung von Verbrechen oder zur näheren Aufklärung derselben ganz unentbehrlich ist. —

2) Thomas ca. Hirsch. 1843.

Es ist schon an sich bedenklich, das im Art. 34 der provisorischen Prozeßordnung angedrohte Präjudiz auf eine Thatsache anzuwenden, die nicht etwa in der Klage und Replik von der Klägerin behauptet worden, sondern nur in der Aussage der Zeugin in Anregung gekommen ist; jedenfalls erscheint aber die Art, wie der Beklagte sich über die fragliche Thatsache impugnando in erster Instanz erklärt hat, völlig genügend, um ein stillschweigendes Geständniß abzuschließen, weil eine auf Nichtwissen oder Nichterinnern lautende Erklärung da, wo ein solches den Umständen nach einige Wahrscheinlichkeit für sich hat, in favorem proferentis dem Ableugnen gleichgeachtet werden muß.

Martin, Civilprozeß. S. 153.

231.

C. K., Klägerin, jetzt Appellatin gegen **D. M. L. F.**, Beklagten, jetzt Appellanten, Schwängerung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 16. Juni 1860.

Der Beklagte beschwert sich, daß die Klägerin durch die sententia a qua zum Erfüllungseide zugelassen worden sei, und verlangt Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, welches ihm den Reinigungseid auferlegt hatte.

Was zunächst

A. das Beweisthema betrifft, so hat das rechtskräftige Beweisinterlocut dasselbe auf den geschlechtlichen Umgang der Parteien „zu der in der Klage angegebenen Zeit" gestellt, und in der Klage war angegeben, der geschlechtliche Umgang habe seit Donnerstag nach Pfingsten 1856 stattgefunden, in Folge dessen sich die Klägerin seit dem August 1856 schwanger befinde. Da das Beweisinterlocut erging, ehe von der Niederkunft der Klägerin Nachricht zu den Acten gelangt war, so muß die Beziehung auf die in der Klage angegebene Zeit, als an die Voraussetzung geknüpft aufgefaßt werden: wenn diese Zeit in den gesetzlich der Niederkunft entsprechenden Zeitraum fallen werde. Es ist aber die Klägerin am 26. April 1857 niedergekommen, weshalb ein geschlechtlicher Umgang vor dem 1. Juli 1856 nicht in Betracht kommen konnte. Daraus folgt aber nicht, daß auch der *ganze* gesetzliche Zeitraum (also bis 27. October 1856) zum Beweis habe verstellt werden sollen. Der Grund, weshalb das

Stadtgericht die obige Fassung des Beweissatzes wählte, anstatt den Beischlaf zu einer der Niederkunft entsprechenden Zeit zum Beweis zu verstellen, kann nur darin gefunden werden, daß es die Klägerin an ihre eigene Angabe, sofern damit der gesetzliche Zeitraum nicht erschöpft wurde, für gebunden hielt, daß es also hinsichtlich des Endpunktes in der Angabe, die Klägerin befinde sich seit August 1856 schwanger, ein Geständniß fand, demzufolge ein späterer geschlechtlicher Umgang nicht mehr zu berücksichtigen sei. An dieser Annahme läßt sich um so weniger zweifeln, da das Stadtgericht in den zum Zweck der Abhörung einiger auswärtigen Zeugen erlassenen Requisitionsschreiben den Ausdruck des Beweisinterlocutes „zu der in der Klage angegebenen Zeit" selbst dahin erläutert hat, „bis zum August 1856," und man eine Erklärung gleichen Sinns auch bei den vom Stadtgericht selbst vorgenommenen Zeugenvernehmungen voraussetzen muß. Es ist demnach als rechtskräftig festgestellt anzusehen, daß es nur auf einen geschlechtlichen Umgang in den beiden Monaten Juli und August 1856 ankomme.

B. Das Resultat des von der Klägerin geführten Beweises reducirt sich im Wesentlichen auf die Aussage des Zeugen Sch. und auf die beiden Briefe des Beklagten. Denn von den übrigen vernommenen Zeugen haben drei gar nichts auszusagen vermocht, was auch nur als Unterstützung des behaupteten geschlechtlichen Umganges der Parteien gelten könnte. Auch die Zeugin G. weiß darüber aus eigener Beobachtung nichts, und will nur von der Klägerin Aeußerungen der Art, daß der Beklagte sehr gut gegen sie sei und im Fall seiner Ehescheidung sie heirathen wolle, daß er auch immer von ihr verlangt habe, sie solle sich einen Geliebten anschaffen, „damit wenn etwas vorfalle," sowie von der Wittwe F. eine ebenfalls von der Klägerin herrührende Mittheilung, daß sie vom Beklagten schwanger sei, gehört haben. Diese Mittheilungen, von denen die letzte durch die Gegenzeugin F. bestätigt wird, bieten aber höchstens ein adminiculirendes Beweismoment dar. Was nun

I. den Zeugen Sch. betrifft, so steht seine Aussage

1) ihrem Inhalte nach der Behauptung der Klägerin allerdings in gewichtiger Weise zur Seite. Er diente in der fraglichen Zeit bei dem Beklagten, hatte also Gelegenheit, einen Umgang desselben

mit der Klägerin wahrzunehmen, und bezeugt, die Klägerin sei im Juli, August, September 1856, sowie im folgenden Winter, wöchentlich ein- auch zwei-mal, theils Mittags, theils Abends gekommen, und wenn der Beklagte zu Hause gewesen, zu ihm auf sein Zimmer gegangen; ferner einmal des Abends um 8 Uhr sei der Beklagte mit ihr in sein Schlafzimmer gegangen und Zeuge habe gehört, wie die Thüre innen abgeschlossen worden sei; endlich in dem Winter 1856/57 habe er mehrmals, wenn er Morgens um 7 oder 8 Uhr in das Schlafzimmer des Beklagten gekommen sei, die Klägerin in dem Bette des Beklagten liegend angetroffen. Diese letzte Wahrnehmung bezieht sich freilich schon nach der ursprünglichen Aussage des Zeugen erst auf die Zeit des Winters, und dasselbe gilt, wie die kürzlich erfolgte nachträgliche *) Vernehmung des Zeugen ergeben hat, auch von dem eines Abends bemerkten Zusammenkommen der Partcien in dem verschlossenen Schlafzimmer des Beklagten. Beide Wahrnehmungen bekunden aber auf das unzweifelhafteste einen nach der kritischen Zeit dauernd fortgesetzten geschlechtlichen Umgang. Wenn der Beklagte meint, die Aussage des Zeugen leide an innerer Unwahrscheinlichkeit, weil der Beklagte sich doch nicht seinen Hausleuten gegenüber eine solche Blöße gegeben habe würde, so bedarf dies keiner Widerlegung. Erwägt man nun, daß die früheren Besuche der Klägerin auf dem Zimmer des Beklagten, da sie wöchentlich ein- oder zwei-mal wiederholt wurden, sich durch die bloße Besorgung der Flicksachen des Beklagten nicht ausreichend erklären lassen, vielmehr schon an sich auf ein näheres Verhältniß hinweisen, und daß diese Besuche nach Angabe des Zeugen auch im Laufe des Winters in derselben Weise fortgesetzt wurden, so kann man die Vermuthung nicht ablehnen, daß der geschlechtliche Umgang schon bei den früheren regelmäßigen Besuchen der Klägerin, wie sie der Zeuge beschrieben hat, angefangen habe werde. Da nun ausdrücklich bezeugt ist, daß diese Besuche bereits im Juli und August 1856 stattfanden, so wird für den Anfang des geschlechtlichen Umganges in dieser Zeit, die Glaubwürdigkeit des Zeugen vorausgesetzt, eine erhebliche Wahrscheinlichkeit geliefert.

---

*) Vergl. Nr. 210, S. 120 dieses Bandes.

2) Die Glaubwürdigkeit des Zeugen ist außer dem von ihm selbst bemerkten Umstand, daß er den Dienst des Beklagten in Folge einer Mißhelligkeit mit demselben verließ, nur in der einen Richtung angefochten worden, daß er unter dem Einfluß von L. in O. gestanden, dieser aber als Liebhaber der Ehefrau des Beklagten im Interesse von deren Ehescheidungssache den jetzigen Prozeß mit angestiftet haben soll.

Aus dem Inhalt des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, welchem insoweit von den Parteien nicht speciell widersprochen worden ist, welcher vielmehr durch das vom Beklagten in jetziger Instanz geltend gemachte und von der Klägerin factisch nicht bestrittene novum, daß die Ehefrau des Beklagten wegen ehebrecherischen Umgangs mit L. in Offenbach geschieden worden sei, eine Bestätigung gefunden hat, darf soviel als feststehend angenommen werden, daß L. vertrauten Umgang mit der Ehefrau des Beklagten gepflogen und damit hauptsächlich Veranlassung zu den zwischen den F.'schen Eheleuten entstandenen Streitigkeiten gegeben hat. Dieser Umstand begründet wenigstens die Wahrscheinlichkeit, daß L. sehr leicht ein Interesse an dem günstigen Ausgang des jetzigen Prozesses für die Klägerin gehabt haben kann. Daß nun der Zeuge Sch. wieder geneigt gewesen sein wird, dem Interesse des L. förderlich zu werden, dafür spricht hauptsächlich der unbestrittene Umstand, daß er kurz vor Anfang des gegenwärtigen Prozesses aus dem Dienst des Beklagten in den von L. überging und bei seiner ersten Vernehmung sich noch darin befand, und es wird durch die Aussage des Zeugen H. noch einigermaßen unterstützt. Dagegen sind die weiteren Behauptungen des Beklagten, daß Sch. während seines Dienstes bei ihm von S. als Spion gebraucht worden sei und öfters geheime Zusammenkünfte mit ihm gehabt habe, völlig unerwiesen geblieben. Unter diesen Umständen kann die Glaubwürdigkeit des Zeugen durch das gedachte Verhältniß, da es bloß in unbestimmter und entfernter Weise eine der Sache des Beklagten ungünstige Bestimmung vermuthen läßt, nur in äußerst geringem Grade für geschwächt erachtet werden.

II. Die beiden Briefe des Beklagten ergeben ebenfalls ein nicht unbedeutendes Beweismoment gegen den Beklagten. Auch wenn man auf den Umstand, daß der Beklagte die Briefe der Klägerin nicht

zu den Acten gebracht hat (die er nicht mehr zu besitzen behauptet), gar keinen Werth legt, so lassen sich doch jene beiden Briefe nicht wohl auf ganz unverdächtige Weise erklären. Die Annahme des Stadtgerichts, daß sich dieselben auf Bezahlung einer Forderung der Klägerin für gelieferte Arbeit bezogen haben könnten, stellt sich nach dem Inhalte der Briefe als wenig glaubhaft dar, und muß schon deßhalb verworfen werden, weil die Existenz einer Forderung jener Art nicht erhellt, und der Beklagte selbst von Anfang an einen ganz anderen Zusammenhang behauptet hat. Auch die Erklärung des Beklagten aber, wonach die Briefe sich nur auf die Auslösung einiger von der Klägerin widerrechtlich versetzter Sachen des Beklagten bezogen haben sollen, ist den Umständen nach eine sehr unwahrscheinliche. Zwar ist die Thatsache, daß die Klägerin einige zum Ausbessern empfangene Sachen des Beklagten (2 Betttücher und 2 Hemden) versetzt hat, und zwar allem Anschein nach ohne Erlaubniß des Beklagten, sowie daß der Beklagte sich mehrfach bemühte, sie wieder zu erlangen, nach den Aussagen der Zeuginnen G. und F., sowie des Zeugen Sch. nicht zu bezweifeln. Es hat indessen schon alle Wahrscheinlichkeit gegen sich, daß der Beklagte, anstatt von seinem Recht gegen die Klägerin gehörigen Gebrauch zu machen, ihr noch Geld versprochen und geschickt haben sollte, um sie zur Wiederbeischaffung der Sachen zu bewegen. Hauptsächlich aber spricht der Inhalt der Briefe selbst gegen diesen Zusammenhang, und vielmehr dafür, daß der Beklagte in einem besonderen Verhältniß zur Klägerin gestanden habe, welches ihm die Pflicht zu ihrer Unterstützung auferlegte. Die Haltung der Briefe ist nicht so, als wenn der Beklagte in einem Mißverhältniß mit der Klägerin stehe (wie er es auf Grund der widerrechtlichen Versetzung behauptet) und nur, um ohne gerichtliche Hülfe wieder zu seinen Sachen zu kommen, gleichsam wider Willen einen Beitrag zur Auflösung zu geben sich entschlossen habe, sondern deutet vielmehr auf ein gutes Vernehmen und wirkliche Geneigtheit zur Unterstützung hin, die er nur den Umständen nach nicht gleich hinreichend bethätigen könne. Dies gilt namentlich von dem ersten Brief, wo der Beklagte, anstatt der Klägerin etwa ihr Unrecht vorzuhalten, vielmehr sich selbst zu entschuldigen für nöthig hält, daß er nicht gleich etwas schicke, und

hinzusetzt, er „hoffe“ es ihr in einigen Tagen geben zu können; und wie in dem zweiten Brief das „Hoffentlich“ wiederkehrt, so würde auch der Beklagte den unbestimmten Ausdruck „mehr“ schwerlich gewählt haben, wenn es sich um einen bestimmten Beitrag zu der, der Klägerin ohnehin obliegenden Auslösung gehandelt hätte. Dazu kommt noch, daß der Mangel jeder Unterzeichnung der beiden Briefe auf die Vermuthung führt, daß es sich um eine vom Beklagten geheim gehaltene Angelegenheit gehandelt habe.

Wenn hiernach die Briefe, deren Zeit nach den beiderseitigen Angaben ungefähr auf Ostern 1857 fällt, die Schlußfolgerung begründen, daß der Beklagte sich zu einer Unterstützung der Klägerin verbunden gehalten habe, deren Anlaß allen Umständen nach auf die damals weit vorgeschrittene Schwangerschaft der Klägerin zurückzuführen ist, so wird damit der durch die Aussage des Zeugen Sch. gelieferte Beweis in so erheblichem Grade verstärkt, daß objectiv die Zuerkennung des Erfüllungseides an die Klägerin sich als hinreichend gerechtfertigt darstellte.

An diesem Ergebniß vermag

C. auch der vom Beklagten unternommene Gegenbeweis nichts zu ändern. — — — — — — — — — — —

D. Wenn hiernach das Resultat der beiderseitigen Beweisführung objectiv dem Anspruch der Klägerin auf Zuerkennung des Erfüllungseides zur Seite steht, so ergeben die Acten auch in Beziehung auf ihre Persönlichkeit kein Bedenken dagegen. Das einzige, was der Beklagte in dieser Beziehung gegen sie geltend gemacht hat, ist, daß sie sich durch Versetzen einiger von ihm zum Ausbessern erhaltener Sachen der Unterschlagung schuldig gemacht habe. Dieser Vorgang, welcher ohnehin bei einem vertrauten Verhältniß der Parteien die Klägerin weniger graviren würde, ist jedoch in keinem Fall geeignet, die Glaubwürdigkeit derselben für die Ableistung eines Eides in Zweifel zu ziehen.

Das angefochtene Erkenntniß war daher, in Berücksichtigung, daß gegen den Inhalt der darin eventuell beigefügten Verurtheilung keine Beschwerde erhoben ist, in der Hauptsache zu bestätigen, und nur die Eidesformel bedurfte auf Grund dessen, was oben über den Sinn des Beweisinterlocuts bemerkt worden ist, einer Abänderung

dahin, daß die Klägerin einen in die Monate Juli und August 1856 fallenden geschlechtlichen Umgang zu beschwören hat.

Der Beklagte hat zwar gegen die in voriger Instanz aufgestellte Fassung der Eidesformel, wonach der Klägerin für ihre Eidesleistung der längere Zeitraum bis zum 27. October 1856 zu Statten kommen würde, speciell nichts erinnert; da jedoch seine Beschwerde auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses gerichtet ist, und die in diesem normirte Formel des Reinigungseides jedenfalls in dem Sinne verstanden werden muß, wie das Stadtgericht selbst die entsprechenden Worte des Beweisinterlocuts ausgelegt hatte, dennoch aber der Zeitraum, worüber geschworen werden soll, nur bis zu Ende des Monats August reichte, so mußte angenommen werden, daß diese dem Beklagten günstigere Verkürzung des Zeitraums als ein minus in seiner Beschwerde mitenthalten sei.

Die Beschwerde über die Compensation der Kosten zweiter Instanz war bei der Abänderung der stadtgerichtlichen Hauptentscheidung unbegründet.

Da das Erkenntniß voriger Instanz im Wesentlichen bestätigt und nur in einem von dem Beklagten selbst nicht speciell zur Sprache gebrachten Punkte abgeändert worden ist, so mußte der Beklagte in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt werden.

232.

Dr. **Ludwig Brentano & Consorten,** Kläger gegen **die Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft,** Beklagte, Bauverbot betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 28. September 1857.

In Erwägung, daß

1) in vorliegendem Rechtsstreite lediglich die neue Bauanlage, nämlich die auf dem Grundstück Gew. 16. Nr. 6 B (nicht 7) der Frankfurter Gemarkung von dem beklagten Theil errichtete Gascisterne, in Frage steht, rücksichtlich deren die Kläger ein später durch Cautionsleistung wieder beseitigtes Bauverbot erwirkt haben; hiernach

2) die in sehr ausführlicher Weise von den Klägern gegen den, wie sie behaupten, ihre Liegenschaften in hohem Grade sowohl über als unter der Erde belästigenden Fabrikbetrieb im Allgemeinen, gerichteten Beschwerden hier ganz außer Betracht bleiben müssen;

3) die Kläger, was die fragliche Gascisterne betrifft, deren Wegschaffung, eventuell Abstellung der gerügten Schädlichkeiten, sowie Herstellung abhelfender Einrichtungen beantragt haben, weil

a) die Beklagte nur für das Grundstück Gew. 16. Nr. 5 concessionirt und also nicht berechtigt sei, ihre Fabrikräume auch auf Gew. 16. Nr. 6 B auszudehnen, weil ferner

b) die klagenden Nachbarn von dem Bauamte nicht vor Beginn des Neubaues zu einer Erklärung über denselben aufgefordert worden, und weil endlich

c) nach bekannten Gesetzen bauliche Anlagen, die den Nachbarn Schaden brächten, überhaupt nicht statthaft seien, hier aber der

Schaden darin bestehe, daß einerseits durch die neue Anlage, solle sie auch an und für sich keinen Rauch oder Dunst verbreiten, doch eine vermehrte Fabrikation von Gas ermöglicht werde, und somit auch für die Nachbarn im vergrößerten Maßstab schädliche Stoffe, als Rauch, Dampf und Niederschlag, zu befürchten stünden, andererseits aber das in der Cisterne befindliche gasgeschwängerte Wasser, durch den Boden sickernd, die Brunnen der Nachbarn vergiften werde, nun aber

4) ad a. die Gasfabrik, wenn auch ausweislich des Senatsdecrets vom 7. August 1827 ursprünglich nur für das Grundstück Gew. 16. Nr. 5 concessionirt, doch in keiner Weise auf die Fabrikation einer bestimmten Quantität Gases beschränkt, ihr auch die nach allgemeinen Grundsätzen gewiß statthafte Erweiterung ihres Betriebs nicht nur nicht untersagt, sondern im Gegentheil die durch den steigenden Consum bedingte Ausdehnung ihres Betriebs und die Beförderung des Unternehmens überhaupt in dem eine weitere Concession enthaltenden Rathsschluß vom 28. Juni 1838 ausdrücklich gebilligt, und die ausweislich der Bauamtsacten bereits im Jahre 1834 geschehene Hinzuziehung des Grundstücks Gew. 16. Nr. 6^{A} genehmigt worden ist, übrigens in der Gasfabrikation selbst keinerlei örtliche Veränderungen eingetreten, die neue Cisterne vielmehr lediglich zur Aufbewahrung von bereits fertigem Gas erbaut worden ist, und abgesehen von allem diesem — die Kläger von der Frage, ob hoher Senat die Genehmigung des Ankaufs des Grundstückes Gew. 16. Nr. 6^{B} und der Errichtung der fraglichen Cisterne (worüber Entschließung laut Rathschlusses vom 28. August 1856 vorbehalten worden) demnächst ertheilen wird oder nicht, als einer rein verwaltungspolitischen Frage an und für sich gar nicht berührt werden, indem die Kläger, insoweit sie nicht etwa in privatrechtlicher Hinsicht durch den Neubau beeinträchtigt werden sollten, aus der fehlenden Concession allein für sich keine Rechte, insbesondere nicht das Recht ableiten könnten, die Gasfabrik in ihrem Geschäftsbetrieb zu beschränken und die Erbauung eines bloßen Aufbewahrungsraumes zu verhindern — sowie auch endlich die im Jahre 1827 von dem Bauamte für die Gasfabrik erlassene Instruction mit der jetzt in Frage stehenden, von der Behörde ausweislich deren Acten gebilligten neuen

Anlage nichts zu schaffen hat, daher der klägerischerseits gestellte Antrag auf Edition dieser Instruction zu verwerfen ist;

ad b. die Kläger zwar ausweislich des bei den Bauamts-Acten befindlichen Risses keine unmittelbar angrenzenden Nachbarn sind, inzwischen die Frage, ob die in Cap. 1. § 3 des Baustatuts enthaltene Vorschrift auch auf Nachbarn im weiteren Sinne zu erstrecken sei, dahin gestellt bleiben kann, weil jedenfalls so viel feststeht, daß bei großen industriellen Anlagen, wie die vorliegende, auch die Nachbarn im weiteren Sinne gehört werden müssen, indem es auch diesen nicht versagt sein kann, wegen etwaiger Schäden, die ihnen aus den fraglichen industriellen Werken entstehen, gegen letztere Einsprache zu erheben,

Seuffert, Archiv. Bd. 11. Nr. 114.

übrigens durch den abseiten des Bauamts ergangenen, den Neubau lediglich in baupolizeilicher Hinsicht genehmigenden Bescheid den Privatrechten der Nachbarn weder präjudizirt werden konnte, noch sollte, vielmehr letzteren überlassen blieb, ihre etwaigen Rechte, wie geschehen, bei den Gerichten geltend zu machen;

ad c. den Klägern darin beizupflichten, daß es nach den Gesetzen Niemanden gestattet ist, durch Anlagen, welche dem Nachbar Rauch oder Wasser oder andere Schädlichkeiten zuführen, denselben zu belästigen, und daß hierdurch der Rechtssatz: „qui jure suo utitur, neminem laedit“ eine Beschränkung findet, falls nicht etwa eine besondere Servitut erworben worden sein sollte,

Seuffert, Archiv. Bd. 3. Nr. 7 u. 8.
" " " 10. Nro. 164.

im vorliegenden Falle also Kläger, falls sie die behauptete, für die Nachbarbrunnen bedrohliche Einrichtung der Gascisterne, mag diese nun ein Tiefbau oder Hochbau sein — bei dem Widerspruche der Beklagten — zu beweisen vermöchten, zwar nicht die Entfernung dieses Werkes, wohl aber Abhülfe der Mängel desselben und den Ersatz des ihnen durch die mangelhafte Einrichtung etwa erwachsenden Schadens verlangen könnten, während die Beschwerde der Kläger, daß die Beklagte vermittelst der durch die Cisterne ermöglichten vermehrten Gasfabrikation in der Lage sei, den Grundstücken

der Kläger mehr Rauch, als bisher zuzuführen, aus den ad a. oben entwickelten Gründen nicht zu berücksichtigen ist;

5) die aus dem seit dem Jahre 1827 stattgefundenen ungestörten Besitz von der Beklagten hergenommene Einrede der Verjährung die hier vorliegende Klage so wenig zu elidiren vermag, als die Einrede des Verzichtes, welche Beklagte daraus ableitet, daß sich die Kläger erst in neuerer Zeit in nächster Nähe der schon seit 30 Jahren bestehenden Gasfabrik angesiedelt haben, indem beide Einreden, der erst im Jahre 1856 begonnenen, hier allein in Betracht kommenden neuen Anlage gegenüber, nicht Platz greifen können, die Frage aber, inwieweit diese Einreden den gegen den Fabrikbetrieb im Allgemeinen geltend gemachten klägerischen Beschwerden etwa wirkungsvoll entgegen stehen möchten, in vorliegendem Rechtsstreite nicht zu verhandeln ist, — aus diesen Gründen wird unter Verwerfung des klägerischerseits gestellten Editionsantrages für Recht erkannt:

Kläger haben binnen 14 Tagen rechtsgenügend zu beweisen:

„daß wenn der in der fraglichen Gascisterne liegende umgestürzte Kessel mit Gas gefüllt werde, sich dieses Gas dem in der Cisterne befindlichen Wasser imprägnire und dieses gasgeschwängerte Wasser, in den Boden sickernd, sich den Brunnen der Nachbarn mittheile und dieselben verderbe."

Der Beklagten wird der Gegenbeweis vorbehalten:

„daß der ausgemauerte, mit hydraulischem Mörtel und Traßspeis ausgefütterte Cisternenraum jedes Durchsickern des Wassers unmöglich mache."

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 7. December 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

Von den Gründen, welche die Kläger bei ihrem Antrage auf Erkennung eines vorläufigen Verbotes gegen den Fortbau der Gascisterne und auf demnächstige Untersagung dieses Baues geltend gemacht haben, kommt derjenige, daß sie als Nachbarn vor dem Beginne des Baues mit ihren Erinnerungen dagegen hätten gehört werden

müssen, jetzt nicht weiter in Betracht. Denn nachdem das Bauverbot erkannt und durch Vereinbarung der Parteien an dessen Stelle eine von der Beklagten geleistete cautio de opere demoliendo getreten ist, so befinden sich die Kläger rechtlich in derselben Lage, als ob der Bau noch nicht begonnen worden. Und da sie inzwischen ihre Einwendungen gegen denselben vorgebracht haben, so erscheint der anfängliche Mangel jedenfalls nachträglich beseitigt. Ob der Mangel obrigkeitlicher Concession zu der unternommenen localen Ausdehnung der Gasfabrik den Klägern ein Widerspruchsrecht gewähren würde, kann unerörtert bleiben.

Bereits in dem Erkenntnisse des Stadtgerichts ist hervorgehoben, daß die Erwerbung des Grundstücks Gew. 16. Nr. 6 A für die ursprünglich auf Gew. 16. Nr. 5 errichtete Gasfabrik dem Beschlusse hohen Senats vom 28. Juni 1838 vorausgegangen und durch diesen Beschluß genehmigt ist, indem er dem Antrage, das Eigenthum der mehreren Grundstücke der Gasfabrik sammt der Berechtigung zum Betrieb an eine anonyme Gesellschaft übertragen zu dürfen, durch Gestattung „der Ueberlassung und Ueberschreibung der Gasfabrik und der dazu gehörigen Liegenschaften auf diese Gesellschaft“ entsprochen hat. Was insbesondere die locale Ausdehnung der Gasfabrik auf das Grundstück Gew. 16. Nr. 6 B und die Gascisterne daselbst betrifft, so ist, wie die erhobenen Bauamts-Acten zeigen, durch Beschluß hohen Senats vom 28. August 1856 der Ausbau der Gascisterne vorläufig zugelassen, jedoch wegen Verbindung derselben mit der Fabrik oder eintretenden Falles wegen Wiederabbruchs derselben weitere Entschließung vorbehalten worden, die von dem Ausfalle technischer Begutachtung abhängen wird. Die Kläger würden demnach, wenn ihnen die Versagung obrigkeitlicher Concession überhaupt ein Recht auf den Wiederabbruch der Cisterne gewährte, den weiteren Erfolg des angebrachten Concessionsgesuches der Beklagten jedenfalls vorerst noch abzuwarten haben.

Dagegen würden sie nach Inhalt der im Erkenntnisse des Stadtgerichts angeführten gesetzlichen Bestimmungen allerdings Abhülfe bei den Gerichten verlangen können, wenn die Gascisterne so eingerichtet sein sollte, daß dieselbe den Grundstücken und Brunnen der Nachbarn schädliche Flüssigkeiten zuführen würde. Der den

Klägern hierüber zuerkannte Beweis muß aufrecht erhalten werden, da der Beklagten rücksichtlich ihrer Darstellung in der Gegenerklärung, daß die Klage insoweit als eine verfrühte zu betrachten sei, nicht beizustimmen ist.

Es handelt sich gegenwärtig nicht um einen Schadensersatz, sondern um Abstellung einer baulichen Einrichtung, welche den Klägern nach deren Behauptung Schaden zufügen wird.

Einer solchen baulichen Einrichtung zu widersprechen, haben aber die Kläger jetzt schon das Recht, und sie brauchen nicht erst den Eintritt der schädlichen Einwirkungen auf ihre Grundstücke abzuwarten. Dasselbe gilt von der Vermehrung des Rauches und Dampfes. Die Einrede der Verjährung und des Verzichts würde nur einen Anspruch der Kläger auf Einstellung der seither betriebenen Gasfabrikation treffen, sie kann aber nicht zu Gunsten einer Neuerung vorgeschützt werden, nämlich zu Gunsten des Unternehmens mittelst der Gascisterne eine vermehrte Gasproduction zu ermöglichen.

Daß die Errichtung der Gascisterne diesen Zweck hat, ist von der Beklagten selbst dargelegt, und daß bei Vermehrung der Gasproduction auch mehr Rauch und Dampf erzeugt werden würde, ist von der Beklagten nicht bestritten und liegt ohnehin in der Natur der Sache. Wenn daher die Kläger noch beweisen, daß schon bei der bisherigen Gasfabrikation der Rauch und Dampf auf ihre Grundstücke und in ihre Wohnungen eindringt, so haben sie einen rechtlichen Anspruch darauf, daß dieser Rauch und Dampf nicht noch vermehrt wird.

Der Antrag der Replik, die Beklagte anzuhalten, alle in der Klage gerügten Schädlichkeiten und Unbilden abzustellen und die hierfür nöthigen Einrichtungen der Abhülfe zu treffen, konnte schon darum keine Berücksichtigung finden, weil er sich zu dem Antrage der Klage auf Untersagung des Cisternenbaues nicht als minus, sondern als mutatio libelli verhält, wie dies namentlich hinsichtlich der in der Klage unter Anderen erwähnten, von der Gascisterne völlig unabhängigen, bereits vor 11 Jahren auf polizeiliche Anordnung errichteten beiden Senklöcher und der bei der Fabrikation verwendeten Stoffe der Fall ist. Ohnehin fehlt es dem Antrage auf Abstellung der behaupteten Unbilden an der genügenden Begründung, daß sie als

Mißbräuche zu betrachten und wie und durch welche anderweite Einrichtungen zu vermeiden und zu beseitigen seien. In dieser erst mit der Replik genommenen Richtung liegt eine erschöpfende Parteienverhandlung nicht vor und sind für die richterliche Entscheidung genügende Anhaltspunkte nicht gegeben.

Der von den Klägern mit ihrer Gegenerklärung verbundene Editionsantrag auf Vorlegung der in dem Rathsschlusse vom 7. August 1827 erwähnten Instruction gibt über den Verpflichtungsgrund der Beklagten zu solcher Vorlegung keinerlei Auskunft. Erst die klägerische Appellationseinführung stellt die thatsächliche Behauptung auf, daß diese Instruction auch die Nachbarrechte wahre und folgert daraus die Eigenschaft derselben als documentum commune. Zur Erklärung über diese nachträgliche thatsächliche Behauptung hat die Beklagte nicht einmal Gelegenheit gehabt.

Aus diesen Gründen wird das Erkenntniß des Stadtgerichts im Uebrigen zwar bestätigt, jedoch den Klägern auch noch der Beweis zuerkannt:

daß schon bei der bisherigen Gasfabrikation der Rauch und Dampf auf ihre Grundstücke und in ihre Wohnungen eindringe.

Von den Kosten dieser Instanz hat die Beklagte den Klägern ⅓ zu erstatten, im Uebrigen werden dieselben verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. Juni 1860.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Formalien der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 7. December 1857, wie hiermit geschieht, dahin abzuändern sei, daß der den Klägern in diesem Erkenntnisse nachgelassene Beweis in Wegfall komme, und es somit bei dem Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 28. September 1857 sein Verbleiben habe.

Von den Kosten zweiter Instanz hat die Beklagte den Klägern ein Dritttheil, von denjenigen gegenwärtiger Instanz haben die Kläger der Beklagten die Hälfte zu erstatten, wogegen die übrigen Kosten beider Instanzen compensirt werden.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die von den Parteien gegen das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 7. December 1857 erhobenen Beschwerden waren nach dem größeren oder geringeren Umfange ihrer Wirksamkeit und Präjudicirlichkeit von verschiedener Bedeutung und empfahl es sich deßhalb, bei ihrer Beurtheilung von der Seitens der Parteien in den Prozeßschriften befolgten Ordnung abzuweichen.

I. Gravamen 1 der Beklagten.

Die Beklagte hat sich sowohl in zweiter, als in der gegenwärtigen Instanz darüber beschwert, daß nicht die Klage gänzlich oder doch angebrachtermaßen abgewiesen worden sei. — Sie stützt sich hierbei auf zwei Argumente:

a) während die Klage („Impetration") nur auf Wegräumung der Cisterne schlechthin gerichtet gewesen sei, hätten die Kläger replicando behauptet, durch den Boden der Cisterne sickere gasgeschwängertes Wasser durch und übe auf diese Weise nachtheilige Wirkungen aus, und es werde nunmehr auf Beseitigung dieser Uebelstände angetragen. Hierin liege eine unstatthafte libelli mutatio; außerdem habe sich

b) aus den requirirt gewesenen Bauamts-Acten ergeben, daß die Construction der Cisterne höchst solide bestimmt sei und jedes Durchsickern unmöglich machen werde. Hieraus erhelle die materielle Grundlosigkeit des klägerischen Antrages, und jedenfalls sei es die Pflicht der Kläger gewesen, entweder eine Schlechtigkeit des Bauplanes oder doch eine Mangelhaftigkeit der Ausführung zu behaupten. Da sie aber weder das Eine noch das Andere gethan hätten, so sei ihre Klage mindestens unsubstanziirt.

Allein (ad a) die Behauptung einer libelli mutatio in Betreff

des hier in Rede stehenden Punktes war grundlos. Die Kläger haben schon in ihrer Klage des Einsickernlassens von inficirtem Wasser in den Erdboden als eines Hauptbeschwerdepunktes Erwähnung gethan und ausdrücklich bemerkt, daß „zur Vermehrung dieser Unbilden" nunmehr noch eine neuanzulegende Gascisterne beitragen werde. Es ist demnach dem Inhalte der Klage entsprechend, wenn der Gascisterne replicando die vorbemerkte Wirksamkeit beigemessen und auf Beseitigung der daraus sich ergebenden Uebelstände auch für den Fall der Nichtentfernung der Cisterne selbst angetragen wird.

Ad b) geht die Beklagte, wie ohne Weiteres klar ist, zu weit, wenn sie aus der bloßen Behauptung, daß die Construction der Cisterne, dem Plane und der Ausführung nach, tadellos sei, folgert, daß die Kläger nun auch eine Beschwerde mit Grund gar nicht würden aufstellen können. Allein auch das fernere Vorbringen ist hinfällig, daß die Kläger schon specielle monita gegen die bauliche Einrichtung der Cisterne und resp. gegen deren wirkliche Ausführung hätten vorbringen müssen und dies ungehöriger Weise nicht gethan hätten. So weit es im ersten Verfahren überhaupt erforderlich war, mit Einwendungen hervorzutreten, ist dies replicando geschehen, und würden die Darlegung und der Beweis im Einzelnen in das Beweisverfahren gehören.

II. Gravamen 1 der Kläger.

Die Kläger achten sich dadurch für beschwert, daß der von ihnen geltend gemachte Klagegrund — die Beklagte habe ihre Fabrikanlagen (unter denselben auch die Gascisterne) auf Grundstücke ausgedehnt, wegen welcher sie nicht concessionirt gewesen, für unstatthaft erklärt worden sei.

Auch diese Beschwerde war zu verwerfen. Die Kläger sind mit Ansprüchen aufgetreten, welche sie aus ihrem Eigenthum ableiten, und über welche vom Richter nach den Grundsätzen des Civilrechts zu entscheiden ist. Hierfür ist die Frage, ob oder in welchem Umfange die Beklagte zu ihrer Fabrikation concessionirt sei, gleichgültig.

III. Gravamen 4 der Kläger.

Die Kläger sind der Meinung, daß schon deßhalb, weil sie — ihrer Ansicht nach gegen die Vorschriften des Baustatuts — vor

Verstattung des Baues der Cisterne nicht mit ihren Einwendungen gegen denselben gehört seien, die sofortige Wegschaffung des Bauwerkes angeordnet werden müsse.

Es kann hier ganz dahin gestellt bleiben, ob die Kläger in dem gegenwärtigen Falle von dem Bauamte vor Ertheilung der Bauerlaubniß zu hören gewesen seien oder nicht. Jedenfalls würden sie im Falle der Verletzung eines ihnen hierauf zuständig gewesenen Rechtes nicht schon deßhalb Anspruch auf gänzliche Beseitigung und fernere Verhinderung des Baues haben, sondern äußersten Falles nur befugt sein, Inhibition bis zur erfolgten rechtlichen Entscheidung zu verlangen. — Hiernach erscheint der aus dem angeführten Grunde abgeleitete Antrag auf definitive Untersagung des Cisternenbaues hinfällig. — Was dagegen die nur vorläufig und unbeschadet der klägerischen Rechte stattfindende Ausführung des Cisternenbaues anlangt, so steht den Klägern hiergegen eine Befugniß zum Widerspruche nicht mehr zu, nachdem sie ausweise des gerichtlichen Protokolls vom 11. Juli 1856 vor dem Stadtgerichte erklärt haben, daß, falls cautio de demoliendo geleistet werde, sie gegen die Aufhebung des vorläufig erlassen gewesenen Bauverbotes nichts zu erinnern fänden, und nachdem hierauf eine ihnen genügende Caution wirklich bestellt worden ist.

IV. Gravamen 2 der Beklagten.

Die Beklagte hat sich darüber beschwert, daß den Klägern außer dem ihnen vom Stadtgerichte verstatteten Beweise der nachtheiligen Wirkung der Gascisterne auf die umliegenden Brunnen, noch der weitere Beweis nachgelassen sei, daß schon bei der bisherigen Gasfabrikation Rauch und Dampf auf ihre Grundstücke und in ihre Wohnungen eingedrungen seien.

Dieser Beschwerde mußte aus einem formellen Grunde entsprochen werden, so daß das Materielle der von der Beklagten darüber vorgetragenen Ausführungen auf sich beruhen bleiben kann.

Die Beklagte behauptet hier zunächst, daß die Kläger sich einer libelli mutatio schuldig gemacht hätten. Ursprünglich hätten nur die Gascisterne und deren unmittelbare und locale Wirksamkeit den Gegenstand der Anträge der Kläger gebildet, wie davon insbesondere

der Inhalt der Impetration zeuge. Später hätten die Kläger versucht, die Gasfabrikation im Allgemeinen zum Gegenstand ihrer Anfechtung zu machen, und hierin liege ein unstatthaftes Hinausgehen über den Bereich der angestellten Klage. — Nun konnte freilich dieser Auffassung der Beklagten nicht beigetreten werden, weil die Kläger schon in ihrer Klage der Verbreitung schädlichen und lästigen Rauches und Dampfes, als einer sie verletzenden Wirkung der Gasfabrikation, Erwähnung gethan und hinzugefügt haben, daß „zur Vermehrung dieser Unbilden" nun noch eine Erweiterung der Fabrik durch den Bau der Cisterne in Ausführung zu bringen versucht werde. Hiernach bildet auch die mittelbare Wirkung der Gascisterne, indem durch sie die Gasproduction vermehrt wird, oder wenigstens vermehrt werden kann, einen Gegenstand der Klage, wie selbige ursprünglich angestellt worden ist. — Dagegen erschien dieser Theil der Klage sowohl in seiner ursprünglichen Fassung, als auch in Berücksichtigung dessen, was replicando darüber vorgetragen ist, als ungenügend substanziirt. — Die Kläger haben die Gasfabrikation in Betreff des Umfanges, sowie der Art und Weise, in welcher dieselbe bisher betrieben worden ist, in den vorliegenden Acten weder angefochten, noch auch nur zum Gegenstande ihrseitiger näherer Angaben bedurft, um gegen die Behauptung einer Erweiterung der Fabrikation und einer damit verbundenen rechtswidrigen Vermehrung der mit der Gasbereitung an und für sich verbundenen Uebelstände, sowohl der Beklagten die Möglichkeit einer gehörigen Einlassung und exceptivischen Vertheidigung, als auch dem Richter eine genügende Basis der Urtheilsfällung insofern zu geben, als es darauf angekommen sein würde, ob die Beklagte überhaupt und eventuell in einer rechtlich anfechtbaren Weise die Fabrikation vermehrt habe. Das, was die Kläger in Betreff dieses Punktes vorgebracht haben, beschränkt sich im Wesentlichen darauf, daß eine Erweiterung der Fabrikräume vorgenommen werde. Nun ist es aber offenbar etwas von einander Verschiedenes, seine Fabrikräume erweitern und seine Fabrikation vermehren. In der Mehrzahl der Fälle wird freilich das Eine mit dem Anderen verbunden sein; allein Jedes kann auch unabhängig von dem Anderen vorkommen. Und selbst eine Vergrößerung des Produktes der Fabrikation — hier der Menge des erzeugten

Gases — ist sehr wohl denkbar, ohne daß die mit der Bereitung verbundenen Uebelstände zunehmen, da hierauf die Art des Betriebes, die Fabrikationsmethode und andere Verhältnisse mannigfaltig einwirken können; wie denn endlich nicht absolut jede Vermehrung der mit der Fabrikation verbundenen Unannehmlichkeiten ein Klagerecht der Nachbaren begründen würde. — Unter diesen Umständen konnte Dasjenige, was die Kläger in den bisherigen Verhandlungen über die durch bloße Erweiterung der Fabrikräume ihnen angeblich zugefügten oder gedrohten Nachtheile vorgetragen haben, nicht als eine gehörige Klagebegründung angesehen werden, und waren sie demzufolge angebrachtermaßen abzuweisen.

V. Gravamen 3 der Kläger.

Die Kläger haben in zweiter Instanz ihre dritte Beschwerde dahin gerichtet, daß nicht die Klage in der Ausdehnung für begründet erklärt worden sei, daß der Beklagten die Vermehrung der Fabrikation und hiedurch die Belästigung der Kläger durch Dampf und Rauch, sowie auch durch anderweitiges Einsickern von Wasser, als durch den Boden der Gascisterne erfolgen möge, zu untersagen seien. — Der erste Theil dieser Beschwerde ist schon vorstehend sub IV. berührt worden. Anlangend den zweiten Theil der Beschwerde, so würde den Klägern in derselben Weise, wie zu IV. ausgeführt worden ist, die mangelnde Substanziirung ihrer Klagbegründung entgegenstehen, wenn nicht schon eine Verwerfung ihres Antrages wegen libelli mutatio erforderlich wäre. Diese letztere liegt nämlich für den hier in Betracht kommenden Antrag vor. Die Kläger wären nach dem Inhalte der Klage prozessualisch nicht verhindert gewesen, replicando neben der Beschwerde über die directe Zuführung gasgeschwängerten Wassers aus der neuen Cisterne, auch diejenigen Nachtheile zum Gegenstande ihrer Anträge zu machen, welche bei dem Gebrauche der Cisterne mittelbar daraus sich ergeben würden, daß wegen der dadurch ermöglichten Fabrikationsvermehrung auch auf anderen Theilen der Fabrikräume ein größeres Quantum inficirten Wassers in den Erdboden eingelassen werde, als bis dahin eingesickert sei. Allein sie haben dies nicht gethan und sind vielmehr bei dem durch die Cisterne **selbst** durchsickernden Wasser stehen geblieben, woran denn auch einige hin

und wieder vorkommende allgemeine Aeußerungen (z. B. „Je mehr Gas, desto mehr Gift für das Wasser, desto mehr Rauch und Niederschlag") nichts zu ändern vermögen.

VI. Gravamen 5 der Kläger.

Die Kläger achten sich in sofern für beschwert, als nicht mindestens ihrem eventuellen Antrage entsprochen worden sei, die Beklagte anzuhalten, alle in der Klage gerügten Schädlichkeiten und Unbilden abzustellen und die hierfür nöthigen Einrichtungen und Abhülfen zu treffen, auch die bereits entstandenen Schäden zu ersetzen.

Es kann einigermaßen zweifelhaft sein, ob diese Beschwerde nicht wesentlich identisch ist mit der dritten klägerischen Beschwerde voriger Instanz — welche theilweise auch noch in der gegenwärtigen Instanz in Betracht zu ziehen war. — Wäre dies der Fall, so würde sie mit der dritten Beschwerde und aus den für deren Verwerfung angeführten Gründen sich erledigen.

Allein sie ist nicht minder zu verwerfen, wenn man sie in einem weiteren Sinne auffaßt.

Die Meinung der Kläger kann nämlich auch folgende gewesen sein. Alle in der Klage gerügten Uebelstände würden vermehrt werden, wenn eine durch die Anlage der neuen Cisterne ermöglichte Erweiterung des Fabrikbetriebes eintrete. Sie, die Kläger, seien also berechtigt, wenn nicht Beseitigung der Cisterne selbst, dann doch wenigstens das zu verlangen, daß sie gegen eine nachtheilige Vermehrung der schädlichen Einwirkungen geschützt würden. — Allein hier wird der zu VI. angeführte Grund der mangelnden gehörigen Substanziirung in derselben Weise wirksam, wie demselben oben am angeführten Orte Folge gegeben worden ist. Es kommt hier überdies noch hinzu, daß die Kläger es unterlassen haben, die Schädlichkeiten und Unbilden erkennbar zu bezeichnen, auf welche sie hier abzielen. — Die Beklagte sowohl als die erkennenden Richter würden nach dem Inhalte der klägerischen Ausführungen nur etwa durch Conjecturen ermitteln können, welche Beschwerden die Kläger gegen die Beklagte noch sonst vorbringen, nachdem sie schon Belästigung

durch Rauch und Dampf, sowie Imprägnirung des Erdbodens mit inficirtem Wasser besonders geltend gemacht hatten.

VII. Gravamen 2 der Kläger.

Die Kläger haben schon an das Appellationsgericht die Beschwerde gerichtet, daß ihr Antrag auf Edition der Bauamtsinstruction verworfen worden sei, und dieses Gravamen nunmehr auch an das Ober-Appellationsgericht gebracht. — Auch hier mußte indessen dieser Antrag verworfen werden.

Eine Editionspflicht in Gemäßheit der Parteirolle liegt der Beklagten hier nicht ob. — Eben so wenig kann die in Rede stehende Instruction, nach dem, was bisher vorgebracht ist, als ein documentum commune der Parteien behandelt werden. Es ist nämlich durchaus nicht bescheinigt, daß die Instruction auch im Interesse der Nachbarn, und zwar, um diesen Rechte gegen die Beklagte zu gewähren, ertheilt worden sei.

VIII. Gravamen 6 der Kläger und 3 der Beklagten.

Jede der Parteien beschwert sich, daß nicht die Gegenpartei in alle Appellationskosten verurtheilt worden sei, wobei in Betreff der Beklagten insbesondere in Betracht kommt, daß ihr vom Appellationsgerichte die Tragung eines Dritttheils jener Kosten aufgelegt worden sei.

Auch diese Beschwerden waren zu verwerfen. — Daß bei dem völligen Ungrunde der Appellation der Beklagten diese letztere verbunden gewesen sei, den Klägern die denselben dadurch verursachten Kosten zu ersetzen, liegt klar vor. Andererseits würden aber auch, wenn das Appellationsgericht in Betreff der klägerischen Appellation von der Auffassung ausgegangen wäre, welche dem gegenwärtig erfolgenden Ober-Appellationsgerichtserkenntnisse zu Grunde liegt, die Kläger die Kosten der ihrseitigen Appellation der Beklagten zu erstatten gehabt haben, und dies hätte zur Compensation sämmtlicher Kosten der zweiten Instanz geführt. Das Appellationsgericht hat aber die klägerische Appellation für theilweise begründet geachtet und ist, da hiernach die Kläger überhaupt nicht, oder doch nicht in alle Kosten ihrer Appellation verurtheilt werden konnten, dahin gelangt,

keine vollständige Ausgleichung der beklagtischen Erstattungspflicht anzunehmen, sondern, statt der Compensation aller Kosten, der Beklagten Erstattung eines Dritttheils der klägerischen Kosten aufzulegen. Dieses Maß der Kostenvertheilung schien der vom Appellationsgerichte in der Sache selbst abgegebenen Entscheidung angemessen, und da auf das Ergebniß derselben bei der Beurtheilung des Kostenpunktes voriger Instanz Rücksicht zu nehmen war, so mußte es in Betreff des hier berührten Punktes bei demjenigen, was die vorigen Richter bestimmt haben, verbleiben.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz waren, da die Kläger gänzlich unterliegen, die Beklagte aber mit ihrer Appellation in einem nicht unwichtigen Punkt durchbringt, den Klägern zur Hälfte aufzulegen, zur Hälfte zu compensiren.

233.

E. Rüttré & Comp. in Paris, Kläger, jetzt Appellaten gegen **Friederike Stirn**, geb. Frank, Beklagte, jetzt Appellantin, Forderung, jetzt Restitution betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 18. Juli 1860.

Da

1) die Kläger oder deren Bevollmächtigter nach § 91 der Ober-Appellationsgerichtsordnung verpflichtet sind, bei der ersten vom Ober-Appellationsgericht vorzunehmenden Handlung den hiesigen Procurator mittelst einer ordnungsmäßigen Vollmacht zu legitimiren, und hieran durch die auf Grund des § 95 erfolgte Bestellung eines Procurators von Amtswegen nichts geändert wird; da sodann

2) die bei Restitutionssachen nach § 159 erforderliche Vernehmung der Gegenpartei durch die Erklärung des Anwalts der Beklagten unter der Eingabe der Kläger beschafft ist; in der Sache selbst aber

3) durch das Zugeständniß des beklagtischen Anwaltes feststeht, daß er mit dem der Gegner sich dahin vereinbart habe während obschwebenden Vergleichs-Verhandlungen durch seinen Procurator nicht anrufen zu lassen, und nicht minder aus dem Schweigen des Anwalts der Beklagten entnommen werden muß, daß er es verabsäumt habe, seinen Procurator zu benachrichtigen, hieraus aber

4) sich ergibt, daß der Ausschluß mit der Vernehmlassung nicht durch Schuld des Anwalts der Klägerin, sondern durch eine Nachlässigkeit von Seiten des Anwalts der Beklagten herbeigeführt worden ist; wogegen

5) beim Mangel eines auf Verurtheilung des Gegners in die Kosten der Restitution speciell gerichteten Antrags, die Kläger in die durch solche verursachten Kosten verurtheilt werden mußten, wodurch jedoch ihr Recht, deren Erstattung von dem Schuldigen zu fordern, nicht beschränkt sein soll; da endlich

6) dem Antrag der Kläger auf Actenversendung, in Beihalt der zweiten bis fünften Beschwerde der Beklagten, und unter Berücksichtigung der Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts vom 8. November 1847*) in Sachen Frankfurt-Hanauer-Eisenbahn-Gesellschaft wider Boch und Ehefrau nach § 142 der Ober-Appellationsgerichtsordnung zu entsprechen war,

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß Kläger oder deren Bevollmächtigter den hiesigen Procurator bis zum 8. September d. J., bei 5 Rchsthlr. Strafe, ordnungsmäßig zu bevollmächtigen haben, in der Sache selbst aber die von den Klägern wider den am 14. v. M. erkannten Ausschluß mit der Vernehmlassung erbetene Restitution, unter Verurtheilung derselben in die dadurch erwachsenen Kosten, zu ertheilen, der Actenschluß aufzuheben und Kläger mit ihrer Vernehmlassung annoch zuzulassen seien.

Zugleich wird die von den Klägern gebetene Versendung der Acten an ein Spruchcollegium auf alleinige Kosten der Kläger hiermit erkannt, und sowie demzufolge Diesen aufgegeben wird, den festgesetzten Vorschuß zur Bestreitung der Transmissionskosten bis zum 8. September d. J., bei Vermeidung des in § 143 ausgesprochenen Rechtsnachtheils, an die Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegen, so haben nicht weniger beide Theile ihre etwaigen Einreden wider zwei Spruchcollegien binnen gleicher Frist, bei Vermeidung des Ausschlusses, allhier einzureichen, worauf demnächst weitere Verfügung ergehen soll.

---

*) Siehe Seite 320.

Auszug aus den Seite 319 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Frankfurt-Hanauer Eisenbahn-Gesellschaft ca. Boch.

Dagegen konnte dem Antrage der Beklagten, die Actenversendung auch auf die Entscheidung über die Frage von der Desertion der Appellation der Klägerin und über das eventuelle Restitutionsgesuch der Letzteren auszudehnen, nicht deferirt, sondern über diese Punkte mußte sogleich vom Ober=Appellationsgerichte selbst erkannt werden. Denn beim Ober=Appellationsgerichte besteht der ausgemachte Gerichtsgebrauch, daß in dem Falle, wenn wegen versäumter Fatalien um Restitution gebeten ist, nicht gleichzeitig über die Restitution und eventualiter in der Hauptsache verhandelt, sondern in Folge der Ansicht, daß die Hauptsache erst nach Berichtigung der Fatalien anher devolvirt sei, zuerst der Restitutionspunkt durch ein besonderes Verfahren und Erkenntniß erledigt wird; hiernach gehört also das Erkenntniß über die gedachten Punkte zur vorgängigen Instruction der Sache, diese aber und die Entscheidung über alle dabei vorkommenden Incidentpunkte verbleibt ungeachtet des Antrags auf Actenversendung, welche sich nur auf die Abgebung des Haupterkenntnisses bezieht, dem gewöhnlichen Richter. In diesem Maße hat auch das Ober=Appellationsgericht schon früher namentlich in

Fr. S. Rieger 1834

erkannt. Der besondere Ausnahmsfall, welcher zu einer Abweichung von dem gedachten Verfahren nöthigen würde, wenn nämlich die Materialien der Restitution und der Hauptsache connex wären, liegt hier durchaus nicht vor.

234.

Jacob Pratz zu Paris, Kläger, jetzt Appellant gegen **Anton Wilhelm Carl Beaufrère,** Beklagten, jetzt Appellaten, Forderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. Juli 1860.

Obgleich die in voriger und gegenwärtiger Instanz aufgestellte Beschwerde nur auf die sofortige Verurtheilung des Beklagten gerichtet worden, so ist darin doch als ein minus auch das eventuelle Verlangen begriffen, daß der Beweis günstiger, als dies von den vorigen Gerichten geschehen, für den Kläger regulirt werde.

Das Ober-Appellationsgericht hatte daher die vorliegenden Verhandlungen, vom Standpunkte des zum ersten Urtheile berufenen Richters aus, einer umfassenden Prüfung zu unterwerfen.

In der Appellations-Instanz hat Kläger mit Entschiedenheit zwei Rechtsgründe für den von ihm verfolgten Anspruch geltend gemacht.

Einmal habe ihm Beklagter die Ermächtigung ertheilt, seinem Sohne William Kleider zu liefern, resp. zur Zahlung der gelieferten Kleidungsstücke sich verbindlich gemacht;

sodann aber sei derselbe auch schon vermöge seiner väterlichen Alimentationspflicht gehalten, die Forderung des Klägers zu befriedigen.

Anlangend nun

I. das letztgedachte Fundament, so ist freilich in der Klagschrift nicht einmal angedeutet, daß der klagend verfolgte Anspruch auf die

väterliche Alimentationspflicht gestützt werden solle, und auch in der Replikschrift ist dieses Fundaments nur beiläufig Erwähnung gethan. Gleichwohl hat bereits das Stadtgericht das vorliegende thatsächliche Material auch unter dem hier hervorgehobenen rechtlichen Gesichtspunkte einer Prüfung unterzogen.

Das Appellationsgericht ist ihm hierin gefolgt, und der Beklagte hat in gegenwärtiger Instanz nicht nur ohne Reservation umständlich sich darüber ausgelassen, sondern auch selbst die Klage so aufgefaßt, als sei sie auf die oben bezeichneten beiden Fundamente gegründet.

Es konnte also keinem Zweifel unterliegen, daß auf den in Frage stehenden Klaggrund auch in gegenwärtiger Instanz näher eingegangen werden mußte.

Die Klage, so weit sie auf die väterliche Alimentationspflicht unmittelbar sich stützt, ist die actio de in rem verso und erscheint als solche

A. rechtlich und factisch begründet, aber noch nicht erwiesen.

1) Daß Derjenige, welcher dem Kläger oder Haussohne Kleidungsstücke, deren er bedarf, käuflich überliefert hat, Zahlung des Kaufpreises vom Herrn oder Vater mit der actio de in rem verso fordern kann, ist in den Quellen geradezu anerkannt.

L. 3. § 10. Dig. hoc tit. (13. 3).

Als Maßstab für den Bedarf gilt nach

§ 3. eod.

wie es der Gewalthaber seither gehalten hat. Es kann dem unbedenklich gleichgestellt werden, was die Stellung, die der Vater dem Sohne angewiesen, nach Standesgewohnheit mit sich bringt. Kläger hat nun ausdrücklich behauptet und näher auseinander gesetzt, daß die dem Sohne des Beklagten gelieferten Kleider und Schneiderarbeiten das nach dem letztgedachten Maßstabe zu bemessende Bedürfniß nicht überschritten haben.

Vom Beklagten ist dies aber mit gleicher Bestimmtheit bestritten und behauptet worden, daß die von ihm seinem Sohne mitgegebenen in Verbindung mit denjenigen Kleidungsstücken, die er, Beklagter, dem Kläger bereits bezahlt habe, resp. noch zu zahlen bereit sei, den Bedarf gedeckt hätten.

Es bedarf daher in dieser Richtung noch eines Beweises, wobei die Beweislast dem Kläger zufällt.

2) Die actio de in rem verso, als actio adjectitiae qualitatis, setzt eine durch Vertrag zunächst in der Person des Haussohnes rc. begründete Verbindlichkeit voraus. Gegen die Existenz dieser Voraussetzung ließen sich deßhalb Zweifel erheben, weil der Sohn des Beklagten, William, zur Zeit, als er die fraglichen Kleidungsstücke vom Kläger geliefert erhielt, minderjährig war. Dies Bedenken findet jedoch dadurch seine Erledigung, daß nach richtiger Ansicht der impubes — dem im heutigen Rechte der pubes minor gleichsteht — durch die von ihm abgeschlossenen Verträge wenigstens naturaliter obligirt wird.

v. Savigny, Obligat. Recht. I. p. 74.

Vangerow, Pand. § 279. Anm. Bd. II. p. 592 flg.

Es kommt hiernach

B. Alles auf den Einwand des Beklagten an, daß sein Sohn William in dem betreffenden Zeitraume mit hinreichenden Mitteln zur Anschaffung der erforderlichen Kleidungsstücke versehen gewesen sei. Was

1) die rechtliche Begründung des Einwandes anbelangt, so erkennen die Quellen ausdrücklich an, daß, wenn der Vater ohne dolus dem Sohne das Geld zur Abfindung des Gläubigers gegeben hat, die actio de in rem verso ausgeschlossen ist, sollte auch der Sohn das empfangene Geld anderweit verwendet haben,

L. 10. § 6. eod.

Glück, Commentar. Bd. XIV. p. 414. sub II.

und es muß dem der Fall, wo der Vater den Sohn im Voraus mit den genügenden Mitteln und der Anweisung versehen hat, von diesen die nöthigen Anschaffungen zu bestreiten, um so mehr gleichgestellt werden, als es in diesem Falle an der allgemeinen Voraussetzung der actio de in rem verso fehlt, daß durch die Verwendung des gelieferten Gegenstandes dem dominus oder parens ein positiver Vortheil verschafft oder eine Ausgabe erspart sein muß.

§ 4. J. quod cum eo (4. 7).

L. 3. § 1. 3. L. 7. § ult.

L. 10. pr. § 1. L. 15. Dig. eod.

Denn hat der Sohn ohnehin das zur Anschaffung der Kleider erforderliche Geld gehabt, so ist durch die Kleiderlieferung dem Vater keine Ausgabe erspart.

2) In factischer Beziehung ist es

a) vom Kläger nicht bestritten, unterliegt auch keinem begründeten Zweifel, daß, wenn der Sohn des Beklagten so gestellt gewesen sein sollte, wie dies von Letzterem behauptet worden ist, er die zur Bestreitung seiner Bedürfnisse — insbesondere auch an Kleidern — erforderlichen Mittel gehabt haben würde. — Diese Behauptungen sind indessen geleugnet, und es fragt sich daher

b) ob auch schon dasjenige Einkommen als zu dem gedachten Zwecke genügend angesehen werden kann, von dem Kläger einräumt, daß es der Sohn des Beklagten in dem betreffenden Zeitraume gehabt habe.

Das Stadtgericht nimmt als von dem Kläger zugestanden an, William Beaufrère habe — außer freier Kost und Logis — zur Bestreitung seiner weiteren Bedürfnisse gehabt:

im ersten Jahre	Frs.	600,
„ zweiten Jahre	„	1520,
„ Jahre 1857	„	1200.

Es steht aber fest, daß William Beaufrère schon mit Anfang 1854 nach Paris gekommen ist, und der Kläger behauptet, daß derselbe in jedem der beiden ersten Jahre (1854 und 1855) nur Frs. 600 erhalten; und es ist selbstverständlich ein großer Unterschied, ob er zwei Jahre sich mit Frs. 600 hat behelfen müssen, oder ob er schon im zweiten Jahre eine Einnahme von Frs. 1520 erhalten hat.

Hält man diese Grundlage fest und berücksichtigt man weiter, daß in der vom Beklagten in der Vernehmlassung auf die Klage gegebenen Darstellung zwar nicht das Zugeständniß, daß sein Sohn mit weniger als Frs. 2400 jährlich in Paris nicht habe auskommen können, wohl aber die Einräumung liegt, daß er selbst von der Ansicht geleitet worden, es sei diese Summe die den Bedürfnissen entsprechende, so kann man nicht mit den vorigen Gerichten dahin gelangen, es als bereits feststehend anzusehen, daß William Beaufrère mit den zur Anschaffung der nothwendigen Kleidungsstücke erforderlichen Mitteln versehen gewesen. Es bedurfte

vielmehr in dieser Beziehung noch eines Beweises, welcher dem Beklagten alternativ darüber, daß sein Sohn die von ihm behauptete Einnahme gehabt, oder daß die vom Kläger zugestandene eine genügende gewesen, nachzulassen war.

II. Das zweite Klagfundament — für den Kläger ist es das erste und hauptsächliche — wird darin gesetzt, daß die fraglichen Kleider mit Bewilligung des Beklagten an dessen Sohn geliefert worden, resp. Beklagter zu deren Bezahlung dem Kläger gegenüber sich verbindlich gemacht habe.

A. Kläger gibt zunächst an, er habe in der ersten Hälfte des Jahres 1854 durch den in Paris wohnenden älteren Bruder des William Beaufrère die Ermächtigung von dessen Vater (dem Beklagten) zur Lieferung von Kleidern nachgesucht und erhalten, darauf Kleidungsstücke zum Preise von Frs. 120 dem William Beaufrère geliefert, auch die Rechnung darüber im September desselben Jahres persönlich in der Wohnung des Beklagten zu Frankfurt abgegeben.

Dieser habe ihm darauf durch seine Tochter sagen lassen: er werde für die Bezahlung dieser Schuld sorgen und dieselbe im December desselben Jahres mit Frs. 120 bezahlen lassen.

Dieser letzteren Zusage und Leistung, da sie nur auf die specielle Schuld von Frs. 120 sich bezieht, legt auch der Kläger eine selbstständige Bedeutung nicht bei, sie dient ihm nur als praktischer Beleg für die Eingangs behauptete allgemeine „Ermächtigung". Diese letztere aber findet er darin, daß er bei dem Beklagten (durch dessen älteren Sohn) habe anfragen lassen, ob er seinem Sohne William Kleider liefern dürfe, und daß Beklagter diese Anfrage (durch dieselbe Vermittelung) bejahend beantwortet habe.

Es unterliegt nun

1) keinem Zweifel, daß wenn und so weit diese Ermächtigung wirklich erfolgt und auf die dem William Beaufrère gelieferten Kleider zu beziehen sein sollte, sie den Beklagten nach Maßgabe der von der actio quod jussu geltenden Grundsätze

L. 1. Dig. h. t. (15. 4).

v. Savigny a. a. O. II. p. 29.

Vangerow a. a. O. § 240. Anm. sub 1 (1. p. 511).

zur Bezahlung seiner Kleider verpflichten würde, ohne daß es eines hinzukommenden Zahlungsversprechens bedurfte.

2) Anlangend den Umfang und die Bedeutung jener Ermächtigung, so behauptet allerdings Kläger selbst nicht, daß dieselbe speciell auf die Kleidungsstücke [3] der Stadtgerichts-Acten gegangen sei. —

Dagegen kann man bei Zugrundelegung der beklagtischen Behauptung auch nicht zu der Annahme des Stadtgerichts gelangen, daß Beklagter lediglich zur Lieferung der in der ersten Hälfte des Jahres 1854 zum Betrage von Frs. 120 gefertigten Kleidungsstücke seinen Consens ertheilt habe.

Kläger hat vielmehr vom Anfang an behauptet, daß ihm eine generelle Ermächtigung zur Lieferung von Kleidern an William Beaufrère ertheilt worden sei. Darin würde freilich den obwaltenden Verhältnissen nach noch immer nicht das zu finden sein, daß alle Kleidungsstücke, die William Beaufrère zu bestellen für gut finden möchte, ohne Weiteres demselben geliefert werden sollten; jene Ermächtigung würde vielmehr, auch ohne desfallsige besondere Erklärung, in dem Bedürfnisse des in standesmäßiger Kleidung zu unterhaltenden Sohnes ihre natürliche Grenze finden, wie denn auch Kläger selbst, daß keinenfalls eine unbeschränkte Bewilligung vorgelegen, dadurch anerkannt hat, daß er im December 1856 wegen „Crediterweiterung" beim Beklagten aufragte. Allerdings aber wird, wenn Kläger eine so allgemein lautende Ermächtigung, wie er sie als vorgekommen behauptet, zu erweisen vermag, dem Beklagten der Nachweis obliegen, daß und resp. in welchen Stücken die gelieferten Kleidungsstücke das Bedürfniß überstiegen haben.

3) Dem Anspruche des Klägers, so weit er auf diese Ermächtigung gestützt ist, steht der Einwand, daß William Beaufrère mit den Mitteln zur Bestreitung seiner Bedürfnisse versehen gewesen, um so weniger entgegen, als Kläger durch seine Anfrage beim Beklagten deutlich genug zu erkennen gegeben, daß ihm der Sohn keine ausreichende Garantie biete, er sich vielmehr an den Vater persönlich zu halten beabsichtige.

Es mußte hiernach in alternativer Verbindung mit dem stadtgerichtlichen Beweise dem Kläger auch noch der Beweis jener von ihm

behaupteten Ermächtigung, und hiergegen dem Beklagten der Beweis, daß durch die fraglichen Lieferungen der Bedarf des William Beaufrère an standesgemäßer Kleidung überschritten worden, nachgelassen werden.

B. Kläger hat weiter angeführt: Er habe am 25. December 1856 dem Beklagten von dem Stande der Rechnung seines Sohnes William (zum Betrage von Frs. 695) Kenntniß gegeben und angefragt, ob er dessen Credit noch etwas erweitern dürfe. Beklagter habe darauf mittelst Briefes vom 14. Januar 1857 versprochen, daß die Zahlung der Rechnung bald durch seinen Sohn erfolgen werde, und sich zugleich verpflichtet, den Betrag für die Posten vom Januar und Februar 1857 anzuweisen, wenn nicht dieselben auch Ende Januar von William Beaufrère bereits bezahlt sein sollten.

Es verdient Mißbilligung, daß nicht statt einer solchen, mit Urtheilen durchflochtenen Umschreibung des Inhalts, alsbald die Briefe selbst vorgelegt worden sind; es bedurfte indeß einer vorgehenden Einziehung der Correspondenz nicht, weil auch bei Zugrundelegung der klägerischen Inhaltsangabe diesem Briefwechsel Relevanz für die gegenwärtig in Frage stehenden Rechnungsposten nicht beigelegt werden konnte.

Wenn Kläger in der Klagschrift, wie bemerkt, angegeben hat, daß Beklagter in seinem Briefe vom 14. Januar 1857 „versprochen" habe, daß die Zahlung bald durch seinen Sohn erfolgen werde, so ist dies offenbar nur eine freie Uebertragung der betreffenden Briefstelle. Diese ging, ausweislich der Replik- und Duplikschrift, ihrem Wortlaute nach dahin, „daß sein (des Beklagten) Sohn William Frs. 500 bis 600 demnächst erhalten solle, womit er den Kläger befriedigen werde."

Daß in dieser Aeußerung

1) das nicht liegt, was Kläger darin findet: ein Versprechen des Beklagten, daß er die Rechnung (durch seinen Sohn) bezahlen werde, ist sub Nr. 5 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe ausreichend nachgewiesen. — Ebenso wenig aber kann man darin

2) das Versprechen finden, daß Beklagter seinen Sohn durch eine Rimesse von Frs. 500 bis 600 in den Stand setzen werde, den Kläger in tantum zu befriedigen. Daß Beklagter sich durch die

fragliche Aeußerung dem Kläger gegenüber zu einer an den Sohn zu machenden Rimesse habe verpflichten wollen, liegt weder in den Worten (es heißt nicht einmal, daß der Sohn von dem Beklagten die Frs. 500 bis 600 erhalten werde), noch hat man genügenden Grund, eine derartige, über den Wortlaut hinausgehende Absicht zu unterstellen. Kläger will in seinem Briefe vom 25. December 1856, unter Mittheilung von dem damaligen Stande der Rechnung, nur angefragt haben: ob er den Credit des William Beaufrère noch etwas erweitern, d. h. ob er demselben noch weiter Kleidungsstücke liefern dürfe. Die Anfrage bezog sich also gar nicht auf die alte, sondern auf die neu zu contrahirende Schuld. Hierüber hat denn auch Beklagter eine präcise, ihn verpflichtende Erklärung abgegeben. Wenn er sich bei dieser Gelegenheit zugleich über die alte Schuld äußerte, so berechtigt Nichts, über den wirklichen Inhalt dieser Aeußerung hinaus zu gehen und einen darin nicht ausgedrückten animus obligandi zu suppliren. Endlich kann

3) dem hier in Frage stehenden Briefe des Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkte der Anerkennung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit eine besondere Bedeutung beigelegt werden.

Es liegt in der fraglichen Aeußerung weder die Anerkennung eines dem Kläger in einem bestimmten Betrage, und vollends gegen den Beklagten persönlich zustehenden Forderungsrechtes, noch die Einräumung, daß die gelieferten Kleidungsstücke dem Bedarf des William Beaufrère entsprochen, noch endlich ein Verzicht des Beklagten auf sein Recht, den Kläger seiner Befriedigung wegen an den mit genügenden Mitteln ausgerüsteten Sohn zu verweisen. Vielmehr beweist die Handlungsweise, die er der Sache, soweit es sich um die alte Schuld handelte, angedeihen ließ, umgekehrt, wie er gerade von der Ansicht geleitet wurde, daß er seiner Pflicht gegen die Gläubiger des Sohnes dann nachkomme, wenn er den Sohn in die Lage setze, seine Bedürfnisse befriedigen, und seine legitimen Schulden selbst bezahlen zu können.

C. Die weitere und letzte Behauptung des Klägers: auf seine Mahnung vom 18. September 1857 habe ihm Beklagter mittelst Briefs vom 21. ejusd. mit Bezahlung der Schuld auf den nächsten Monat vertröstet, hat dem Stadtgericht zu der Beweisauflage Anlaß gegeben:

daß Beklagter mit Brief vom 21. September 1857 dem Kläger die Bezahlung der Rechnungsposten 1 bis 20 [3] act. versprochen habe.

Beklagter hat sich bei diesem dem Kläger gestatteten Beweise beruhigt. Kläger aber kann, da jene seine Behauptung durch die Entgegnung des Beklagten: „Vertröstungen mit dem Versprechen, die ganze Schuld seines Sohnes (im Gegensatze zu dem neuen schwarzen Anzuge) selbst zu übernehmen, habe er nie gemacht, genügend in Abrede gestellt worden ist, ein Mehreres als jene Beweisnachlassung offenbar nicht beanspruchen.

235.

Johann Grein, Klägers, jetzt Appellanten gegen **Carl Kleberger,** Beklagten, jetzt Appellaten, Schadensersatz, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. October 1860.

I. In beiden vorigen Instanzen ist der im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 21. October 1857 dem Beklagten nachgelassene Beweis:

> daß der vom Kläger angeblich erlittene Schaden an seinen Pferden nur durch die Schuld und Nachlässigkeit der Leute des Klägers verursacht worden sei,

für vollständig geführt angenommen und aus diesem Grunde die Klage, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, gänzlich abgewiesen worden.

Dem konnte jedoch nicht beigetreten werden.

Die Zusicherung und Garantie des Beklagten, auf welche der Kläger seinen Schadensanspruch gründet, und welche ihm dahin zu beweisen auferlegt ist, daß die Verführung des fraglichen Schlammes von der Brönner'schen Fabrik nach der Bockenheimer Sandgrube den Pferden des Klägers unschädlich sei, kann nur dahin aufgefaßt werden, daß der Beklagte dem Kläger zugesichert und garantirt habe, daß auch der unmittelbare Contact der Pferde mit dem Schlamme nach dessen specifischer Beschaffenheit den Pferden nicht nachtheilig sei. Denn wenngleich die Behauptung des Klägers in der Klage

nur dahin geht, er habe, besorgt gemacht durch das Verbot der Bockenheimer Polizei, den Schlamm in die Sandgrube zu fahren, weil derselbe der Gesundheit nachtheilige Stoffe enthalte, die Frage an den Beklagten gerichtet, ob dadurch die Gesundheit seiner Pferde nicht gefährdet werde, und darauf vom Beklagten die Zusicherung erhalten, daß dies den Pferden nicht nachtheilig sei, er garantire dafür auf Ehrenwort: in England dünge man die Felder damit, und es hienach den Anschein gewinnen könnte, als habe der Kläger und so auch der Beklagte nur eine Ausdünstung des Schlammes im Auge gehabt, so ward doch die auf diese Garantie gegründete Klage auf Ersatz des Schadens gerichtet, den die durch den äußeren Contact der Füße der Pferde mit dem Schlamm erzeugte Krankheit derselben dem Kläger verursacht habe. Hätte also das Stadtgericht die behauptete Garantie nicht dahin verstanden, daß dieselbe auch auf den Contact der Pferde mit dem Schlamm sich erstreckt habe, so hätte es die Klage abweisen müssen und dem Kläger nicht den Beweis der behaupteten Garantie nachlassen können.

Setzt man nun aber eine in diesem Sinne geleistete Garantie als erwiesen voraus, so kann es zur Elidirung der darauf gegründeten Klage nicht genügen, wenn erwiesen wird, daß der Knecht des Klägers mit den Pferden in die sich nach und nach mit Schlamm füllende Sandgrube hineingefahren ist, statt die Schlammfässer von hinten in dieselbe zu entleeren. Zwar erhebt sich das Bedenken, ob die für ein gewöhnliches Verführen des Schlammes geleistete Garantie auch auf die Folgen eines solchen von dem Knechte sich erlaubten Verfahrens zu beziehen ist. Allein, wenn der Schlamm nach der Versicherung des Beklagten den Pferden völlig unschädlich war, so ist in diesem Verfahren des Knechtes überall keine Schuld erfindlich. Daher hätte, um den Beweis, daß der Schaden nur durch Schuld und Nachlässigkeit der Leute des Klägers entstanden sei, zu erbringen, derselbe darauf gerichtet werden müssen, daß der Knecht des Klägers, abgesehen von der Berührung mit dem Schlamme, als einer giftigen Substanz, in welche er die Pferde gebracht, in Beziehung auf Letztere ein schuldvolles Verfahren beobachtet und dadurch den eingeklagten Schaden herbeigeführt habe, und hierüber ist überall kein Beweis beigebracht. Denn die Behauptung des Beklagten,

daß der Knecht des Klägers die Pferde zu sehr angestrengt und durch Schläge mißhandelt habe, ist theils ganz unerwiesen geblieben, indem der Zeuge G. sein Urtheil, daß der Knecht die Pferde arg mißhandelt habe, nur auf die von ihm bezeugte Thatsache stützt, daß die Pferde von der Deichsel ganz blutig geschlagen gewesen seien, ohne daß er hat bezeugen können, gesehen zu haben, wie dies vom Knechte verschuldet sei; theils würde eine solche Verschuldung mit dem Leiden, welches später bei den Pferden eingetreten ist, in keinem Causalzusammenhange stehen. — Hiernach bedarf es keiner Erörterung darüber, inwiefern der Umstand, daß der klägerische Knecht stets mit den Pferden in die Sandgrube hineingefahren, vollständig erwiesen ist, was sich übrigens mit den vorigen Richtern allerdings behaupten läßt.

Vielmehr kommt es nunmehr nur in Frage,

II. ob und in wie weit die dem Kläger in obgedachtem Stadtgerichts-Erkenntnisse auferlegten beiden copulativen Beweise:

A. daß ihm Beklagter versichert habe, die Verführung des vom Kläger von der Brönner'schen Fabrik nach der Bockenheimer Sandgrube zu verführen übernommenen Schlammes sei des Klägers Pferden unschädlich, und dem Kläger dafür garantirt habe,

und

B. daß die Vollbringung des zur Zeit dieses behaupteten Versprechens noch vorhandenen Restes dieser klägerischen Arbeit dem Kläger den in der Klage verzeichneten Schaden oder welchen geringeren verursacht habe,

erbracht worden sind.

Von den

ad A. über den ersten Beweissatz vom Kläger producirten Zeugen hat

1) der Zeuge G. erklärt, nichts von der Sache zu wissen.

Es bleibt also

2) nur die Aussage des Zeugen M. übrig. Denn die von der Zeugin W. bei Gelegenheit ihrer Vernehmung über einen anderen Gegenstand gethane und vom Kläger geltend gemachte Aussage,

am Morgen des zweiten Tages der Arbeit, nach bereits angelegtem Verbot, sei ein dicker Mann von der Brönner'schen Fabrik in die Wohnung des Klägers gekommen und habe gesagt, der Letztere solle nur weiter fahren, der Schlamm schade den Pferden nicht, ist, auch wenn man die vom Kläger in dieser Instanz aufgestellte unbewiesene Behauptung, dieser Mann sei der Nachtarbeiter G. gewesen, der im Auftrage des Beklagten dem Kläger jene Aufforderung und Zusicherung hinterbracht habe, berücksichtigen könnte, eine für den Beweissatz ersichtlich irrelevante.

Dagegen ist die Aussage des Zeugen M. eine durchaus erschöpfende, und sonach würde, wenn dieser Zeuge ein classischer wäre, ein halber Beweis vorliegen.

Allein für classisch ist dieser Zeuge nicht zu achten. Denn obwohl sein Dienstverhältniß zum Kläger zur Zeit seiner Abhör schon seit zwei Jahren aufgelöst war, so ist doch er es, der die fraglichen Schlammfuhren gethan hat, und dem ein Verfahren mit den Pferden vorgeworfen wird, das sich nach dem obigen nur dann, wenn der Beklagte die Garantie für die völlige Unschädlichkeit des Schlammes geleistet haben sollte, als ein schuldvolles nicht darstellen würde, im entgegengesetzten Falle aber allerdings, da der Feldschütze Z., wie der Zeuge selbst angibt, ihm den Schlamm als giftig bezeichnet und deßhalb das weitere Fahren in die Sandgrube inhibirt hatte.

Freilich steht durch das Geständniß des Beklagten fest, daß der Kläger hievon gewußt hat, und in Folge davon mit der Frage, ob das Verführen des Schlammes den Pferden auch schaden werde, zu ihm gekommen ist; und so scheint es allerdings, daß, wenn auch die behauptete Garantie nicht erwiesen werden sollte, gleichwohl der Knecht M., welcher die Arbeit mit dem Willen des Klägers zu Ende geführt, wegen der Folgen derselben für die Pferde vom Kläger nicht wird in Anspruch genommen werden können, als etwa nur wegen eines Verfahrens mit den Pferden, welches ganz unabhängig von der Leistung oder Nichtleistung der Garantie ist, so daß er also bei der Ablegung eines Zeugnisses über letztere gar kein eigenes Interesse habe. Allein, zumal bei der Bildungsstufe des Zeugen, läßt sich kaum annehmen, er werde die Unabhängigkeit seiner Verantwortlichkeit von der Garantie des Beklagten klar erkannt, und namentlich

nicht das von ihm bei Entleerung des Schlammes in die Sandgrube geübte Verfahren durch die Garantie als in höherem Grade entschuldigt und gedeckt angesehen haben. Erscheint aber hienach der Zeuge allerdings als ein einigermaßen verdächtiger, so konnte der jetzt fragliche Beweis auch nur für bis zum Reinigungseide geführt anerkannt werden.

Anlangend

ad B., den zweiten Beweissatz, so hatte nach diesem der Kläger ein Dreifaches zu erweisen:

1) daß die Verführung des Schlammes seinen Pferden überhaupt Schaden gethan habe.

Dies folgt nämlich schon daraus, daß der Causalnexus der Einwirkung des Schlammes auf die Pferde und der nach der Behauptung des Klägers demnächst eingetretenen Krankheit derselben vom Beklagten geleugnet ist, und geht überdies aus den Entscheidungsgründen des Beweisinterlocuts sub 2 klar hervor;

2) daß die Vollbringung des zur Zeit der angeblich vom Beklagten geleisteten Garantie noch vorhandenen Restes der Arbeit diese Beschädigung der Pferde verursacht habe;

3) daß durch die Krankheit seiner Pferde dem Kläger der in der Klage verzeichnete oder welcher geringere Schaden entstanden sei.

Zum Behuf der jetzt abzugebenden Entscheidung bedurften aber nur die Beweisführungen ad 1 und 2 einer Prüfung, da der ad 3 vom Kläger angetretene Beweis auch durch Sachverständige noch nicht instruirt ist.

Was nun zunächst den Beweis ad 1 betrifft, so mußte dieser für vollständig geführt erachtet werden.

a) Daß die Pferde des Klägers durch die fragliche Arbeit, namentlich an ihren Füßen mit Schlamm besudelt worden sind, folgt schon daraus, daß der Knecht des Klägers erwiesenermaßen mit denselben in die nach und nach mit Schlamm sich füllende Sandgrube hineingefahren ist. Es liegen darüber aber auch specielle Aussagen vor. — — —

b) Eben so wenig läßt es sich aber nach den vorliegenden Be-

weisen bezweifeln, daß nur die Einwirkung des Schlammes auf die Füße der Pferde deren Krankheitszustand herbeigeführt hat.

Zwar ist der Thierarzt K., welcher die Pferde in ihrer Krankheit behandelt hat, und welcher am besten im Stande sein würde, die Krankheitsursache näher zu constatiren, vor der Beweisführung gestorben. Allein theils liegt in dessen vom Kläger gleich mit seiner Klage beigebrachten und von dessen Sohne, dem Zeugen K., eidlich als ächt recognoscirten Rechnung die Erklärung vor, daß die Krankheit der Pferde durch den Rückstand des Fabrikats aus der Brönner'schen Fabrik verursacht sei, theils hat dieser Sohn K., welcher ebenfalls Thierarzt ist, eidlich deponirt, nach Mittheilung seines Vaters habe die Krankheit der Pferde daher gerührt, daß dieselben ätzende Substanzen von der Brönner'schen Fabrik nach der Sandgrube gefahren hätten, auch habe er auf Veranlassung seines Vaters, dieselben im September 1856 — damals hatte die fragliche Arbeit stattgefunden — besehen und an denselben bemerkt, daß sie an einer starken Hautentzündung, Angegriffensein der Sehnen und des Hufs gelitten hätten und daß die Oberhaut an den Beinen abgelöset gewesen sei. Und dieselbe Wahrnehmung, welche klar darauf hinweiset, daß die partielle örtliche Einwirkung einer schädlichen Substanz das Leiden der Pferde erzeugt hat, wird auch von mehreren anderen Zeugen bekundet. — — —

Faßt man alle diese Aussagen zusammen, so braucht man den Inhalt des, über die Todesursache des einen, während des Prozesses gefallenen Pferdes von zweien Thierärzten ausgestellten Gutachtens, daß die Deformation der Hinterhufe des Pferdes nur durch Einwirkung scharf ätzender Substanzen hervorgebracht sei, nicht noch zu berücksichtigen, um auch diesen Theil des Beweises für vollständig erbracht zu erachten, ohne daß die Aussage des Gegenbeweiszeugen F. dawider irgend in Betracht kommen kann. Denn theils

α. ist dieser Zeuge, welcher seiner Angabe nach die meisten Fuhren für die Brönner'sche Fabrik besorgt, wegen dieses seines Verhältnisses für nicht ganz unverdächtig zu achten, theils

β. ist seine Aussage, daß sowohl seine als andere Pferde öfters in dem „Stieß" herumgetreten seien, ohne daß es ihnen Schaden gebracht, deßhalb nicht sehr erheblich, weil zunächst schon nicht con-

stirt, ob der laut seiner Angabe von ihm nach der Brönner'schen Fabrik hingebrachte Stieß nicht von anderer Qualität als der jetzt fragliche Schlamm war, obgleich dieser nach der Aussage des Zeugen S. ebenfalls „Stieß" genannt wird, sodann aber es sehr darauf ankommt, wie lange die Pferde mit der Substanz in Berührung gebracht sind.

Zweifelhafter dagegen erscheint es allerdings

ad 2) ob und in wie weit dieser gleich nothwendige Theil des Beweises ebenfalls erbracht sei.

Es möchte nämlich auf den ersten Blick scheinen, als ob dieser Beweis entweder nur durch den Nachweis besonderer, in der Zeit der Arbeit nach ertheilter Garantie eingetretener, für die Pferde des Klägers nachtheilig gewordener Umstände oder aber gar nicht zu führen sei, da es scheint, als lasse sich, wenn der schädliche Stoff während dreier Tage auf die Pferde eingewirkt hat, der letzte Theil dieser Einwirkung von den vorangegangenen nicht wohl trennen und ihm eben so wenig ausschließlich der nachtheilige Einfluß auf die Pferde beimessen, als man das Ueberlaufen eines Fasses nach dreitägigem Hineinregnen nur dem Regnen der letzten Tage beimessen kann. Indessen ist dieses Bedenken im vorliegenden Falle nur scheinbar. Wenn vielmehr bewiesen ist, daß der größere Theil der Arbeit erst in der Zeit nach der vom Beklagten geleisteten Garantie stattgefunden hat und daß gerade in dieser Zeit die Pferde in erhöhtem Grade mit dem Schlamme in Contact gekommen sind, so muß der jetzt fragliche Beweis soweit für geführt gelten, daß der Kläger zum Erfüllungseide zugelassen ist. — — — —

α. — — — — — — — — — — — —

β. Es mußte der Zeuge Gr. für durchaus classisch erachtet werden. Denn dieser Zeuge hat außer der jetzt fraglichen Arbeit, welche er dem Kläger übertragen, seither keine Arbeiten für die Brönner'sche Fabrik gehabt. Er hat mithin nicht nur gar kein Interesse an dem Ausgange des gegenwärtigen Prozesses, sondern es ist auch kein Motiv abzusehen, welches ihm eine Vorliebe für die Sache des Beklagten einflößen könnte.

Dagegen konnten die übrigen beiden Zeugen nach ihrer persön-

lichen Stellung zum Beklagten für völlig unverdächtig nicht erachtet werden. Denn

γ. der Zeuge S. steht als Portier im Dienste, zwar nicht des Beklagten, aber doch der Brönner'schen Fabrik, und ist als untergeordneter Bediensteter offenbar mehr oder minder vom Beklagten als dem technischen Director abhängig, so daß eine Geneigtheit bei ihm vorausgesetzt werden darf, im Interesse desselben auszusagen. Und das Gleiche gilt

δ. von dem Zeugen K., als einem bei gedachter Fabrik angestellten Arbeiter. — —

Zu dem hienach als bewiesen anzunehmenden Umstande, daß nach Leistung der Garantie *) noch der größere Theil der Fuhren, nämlich von den 80 Fuhren noch fünfzig geleistet worden sind, kommt nun aber

ε) noch hinzu, daß erst vom zweiten Tage an ein erheblicher Contact der Pferde mit dem Schlamme in wachsendem Maße eingetreten ist, wie das aus den bereits oben ad II. B. 1. a. mitgetheilten Aussagen des Zeugen F. und der Zeugin W. sich ergibt und sich ziemlich natürlich daraus erklärt, daß die Sandgrube, in die der Knecht M. mit den Pferden hineingefahren ist, sich immer mehr mit Schlamm gefüllt hat. Zwar kommt dagegen in Betracht, daß nach der Aussage des Zeugen M. derselbe schon am dritten Tage wahrgenommen hat, daß wenn die Deichsel solche Stellen der Pferde, an welchen sich Schlamm befunden, berührt habe, an diesen Stellen die Haare heruntergegangen seien, und besonders, daß der Zeuge F. angibt, schon beim Wegfahren der Pferde am Morgen des dritten Tages habe er gesehen, daß dieselben am Gang verhindert seien, und sich doch kaum annehmen läßt, dies sei lediglich durch die nach der obigen Aussage des Zeugen M. am zweiten Tage nach erfolgter Garantie noch gethanen 20 Fuhren herbeigeführt worden. Allein gleichwohl spricht eine so große Wahrscheinlichkeit dafür, daß, wenn die Arbeit am zweiten Tage nicht fortgesetzt worden wäre, die Pferde vor den jetzt eingetretenen Folgen bewahrt geblieben sein würden,

*) Am zweiten Tage der Fuhren.

daß der hier fragliche Beweis, wie bereits oben bemerkt, für bis zum Suppletorium geführt erachtet werden kann.

Indessen erschien es angemessen, für den Fall, daß der Beklagte den ihm über den ersten Beweissatz auferlegten Reinigungseid verweigern sollte, der Ableistung dieses Erfüllungseides bis dahin Anstand zu geben, daß der noch ausgesetzte Sachverständigen-Beweis zum zweiten Beweissatze instruirt sein wird, um über diesen Beweis vollständig erkennen zu können.

Bei solchergestalt erfolgender Wiederaufhebung des angefochtenen Erkenntnisses waren die Kosten dieser und der vorigen Instanz, wie im Urtheile geschehen, zu compensiren.

236.

Ferdinand Flinsch, Kläger, Impetrant, Appellant gegen **Siepmann & Comp.** zu Schwelm, Beklagte, Impetraten, Appellaten, Forderung und Arrest, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 19. November 1860.

Durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 3. December 1858 ist die Verurtheilung der Beklagten in den eingeklagten Betrag von fl. 776 35 kr. nebst 5% Zinsen seit dem 8. Juli 1858 abhängig gemacht von dem Beweise des Klägers, „daß die mit Beschlag belegten Geschäftsbücher zur Zeit der Arrestimpetration, also am 29. Juni 1858, Eigenthum der Beklagten waren.“ Die Forderung selbst ist also für liquide erklärt, und die Beweisauflage hat nur den Zweck, den Gerichtsstand in Frankfurt in Gemäßheit des Art. 51 der provisorischen Prozeßordnung wider die Beklagten zu begründen, letzteres dadurch, daß nachgewiesen wird, die Beklagten seien Eigenthümer der mit Arrest belegten Effecten.

Dieser Beweis würde geführt sein, wenn dargethan sein sollte, daß die Beklagten die mit Arrest belegten, von ihnen fabricirten Waaren unter Creditirung des Kaufpreises verkauft und an ihren Käufer abgesandt, der Käufer jedoch die Waare noch nicht empfangen habe. Der erste Theil dieser Beweisführung ist unbestritten: der zweite dagegen war für verfehlt zu erachten, da angenommen werden mußte,

daß Wohlfarth in den Besitz der mit Arrest belegten Kisten gekommen sei. Dieselben waren im Mai und im Juni an Wohlfarth's Adresse mit der Eisenbahn abgesandt; Wohlfarth hat die Fracht derselben bezahlt, wie sich aus dessen Schreiben vom 9. Juli 1858, dessen beweisende Kraft Kläger als Producent gegen sich gelten lassen muß, ergibt; und nur auf Grund seiner Verfügung ist es möglich gewesen, daß die fraglichen Kisten durch Vermittelung des Klägers in den Gewahrsam des Spediteurs Beyschlag gelangten, wie aus der Aussage des Letzteren hervorgeht. Das Sachverhältniß stellt sich demnach so heraus: Wohlfarth, welcher die erste Sendung bereits empfangen, die Fracht bezahlt und über den Empfang durch Vollziehung des Coupons quittirt hatte, fand es bei Ankunft der zweiten Sendung seinem und dem Interesse des Klägers angemessen, die Waare dem Letzteren zur Verfügung zu stellen, und zwar beide Sendungen: er quittirte daher auch die zweite, zahlte die Fracht und beide wurden nunmehr zusammen, wahrscheinlich durch Leute der Eisenbahn, die deßfalls vorher instruirt waren, zu Beyschlag gebracht, um sie daselbst am folgenden Tage durch den Gerichtspedell Herrlein mit Arrest belegen zu lassen. Ein derartiges Verfahren war aber nicht geeignet die Besitzergreifung Wohlfarth's rückgängig zu machen. Flinsch wie Beyschlag leiten ihre Detention nicht unmittelbar von den Beklagten, sondern von Wohlfarth ab. Dieser hatte bereits empfangen, und wenn er auch, wenigstens bei der zweiten Sendung die Absicht gehabt haben sollte, nicht für sich in Gemäßheit der ihm gewordenen Zusendung zu empfangen, so kommt doch darauf nichts an, indem er verpflichtet war, für sich zu empfangen, und so lange als nicht klar vorliegt, er habe bei Empfang der Waare constatiren lassen, daß er in einer anderen Eigenschaft als der eines Käufers empfange, das Letztere angenommen werden muß. Wollte er weder das Eine noch das Andere, so mußte er den Empfang gänzlich ablehnen, und es dem Kläger überlassen, den betreffenden Arrest sonst geeigneten Orts nachzusuchen.

vergl. F. Lorum ca. Schneider 9. Sept. 1833.*)

Ein derartiges Verfahren ist aber nicht eingeschlagen, und der

---

*) Siehe S. 343.

Kläger, welcher in seiner Arrestklage selbst anerkannt hat, daß sich die Sendung der Beklagten bei Wohlfarth befinde, muß die aus deren Empfang in Beihalt des früher zwischen Wohlfarth und den Beklagten abgeschlossenen Geschäftes hervorgehenden Folgen wider sich gelten lassen, kann also den Arrest nicht dadurch begründen, daß er dieselben, im Einverständniß mit Wohlfarth, annoch als Effecten der Beklagten charakterisirt. Insoweit also die Sendung von Wohlfarth beordert war, ist der dem Kläger obliegende Beweis so wenig geführt, daß sogar der den Beklagten auferlegte Reinigungseid hätte aufgehoben werden müssen, wenn diese sich darüber beschwert hätten.

Anders dagegen verhält es sich mit demjenigen Theil der Waare, welchen die Beklagten von freien Stücken ihrer Sendung angeschlossen haben. Dahin gehören nach der Behauptung des Klägers sämmtliche Posten der Rechnung vom 21. Mai 1858 mit Ausnahme der drei ersten. Die Beklagten haben sich in ihrem Avisbrief vom gedachten Datum hierüber dahin ausgesprochen: „den uns in Ihrem letzten bestellten Büchern haben wir unter anderm, weil solche bereits angefertigt waren, einige beigefügt, nämlich von Nr. 4 des Musterbuchs ohne Querlinien und die Hauptbücher in gr. Median."

Hierüber war also zwischen den Beklagten und Wohlfarth kein den Eigenthumsübergang begründender Vertrag abgeschlossen, und ohne einen solchen blieben die gedachten Waaren zur Disposition der Beklagten bei Wohlfarth. Daß aber ein derartiger Vertrag nicht etwa später erfolgt ist, ergibt sich aus dem Briefe der Beklagten vom 21. Juni 1858, in welchem dieselben schreiben, daß Siepmann bei Wohlfarth vorsprechen und behufs der mehrgesandten Hauptbücher rc. mit demselben das Weitere verabreden werde. Hiedurch wird der Inhalt des von Wohlfarth an Siepmann am 25. Mai 1858 gerichteten Schreibens, welches die Beklagten an sich nicht als gegen sich beweisend gelten zu lassen brauchen, zur juristischen Gewißheit erhoben, insofern, als darin bemerkt wird, daß Wohlfarth mit der Beifügung der Hauptbücher rc. nicht zufrieden sei, sie nur als Commissionsgut behalten will, und um Aufgabe bittet, was mit denselben geschehen solle. In Ansehung dieser Waaren zum Betrage von 93 Thlr. ist also ungeachtet der Entgegennahme von Seiten Wohl-

farth's an diesen kein Eigenthum übergegangen, weil es an einem diesen Uebergang begründenden Titel fehlt. Es fragt sich daher, ob der erkannte Arrest nicht in Ansehung dieser Waaren aufrecht zu halten ist, was der Kläger mittelst seiner zweiten Beschwerde, nach deßfallsiger Ableistung eines Erfüllungseides, beantragt hat. Das Appellationsgericht ist nun zwar, ebenso wie im Wesentlichen auch das Stadtgericht, der Ansicht, es sei auf diesen Umstand um deßwillen kein Gewicht zu legen, weil Wohlfarth von dem Einwande der Mehrsendung selbst zurückgetreten sei, und in seinem Briefe vom 9. Juli 1858 das ganze Geschäft nur wegen der inzwischen erfolgten Beschlagnahme aufzulösen versucht habe. Allein dieser Auffassung konnte nicht beigetreten werden, da sich keineswegs behaupten läßt, Wohlfarth sei in dem gedachten Schreiben von seinen früheren Einwendungen zurückgetreten. Zwar hat er ausgesprochen, er halte sich auf Grund des erfolgten Beschlags nunmehr von aller Verbindlichkeit frei, und sendet um deswillen die Factura rc. zurück. Der Umstand aber, daß diese Auffassung des Verhältnisses, insofern es sich um festbestellte Waaren handelte, eine irrige ist, berechtigt nicht, die gleiche Auffassung auch bei den von freien Stücken übersandten und früher abgelehnten Waaren zur Geltung zu bringen, gegen deren Uebersendung, wie die Beklagten selbst haben anerkennen müssen, bereits vorher reclamirt war. Die letztgedachte Einwendung wird nicht dadurch aufgehoben, daß die erstere, welche, wenn begründet, jene überflüssig machte, sich als hinfällig erweist.

Der Kläger würde demnach mit seinem Arrestschlag auf [27] Posten 1 — 3 und [30] nach vorgängiger Eidesleistung der Beklagten abzuweisen sein, es ihm jedoch, ohne daß es seinerseits der Ableistung eines Erfüllungseides noch bedürfte, überlassen bleiben, sich mit dem Erlös von [27] Posten 4 bis 30 für die libellirte Forderung theilweise bezahlt zu machen, falls es nicht etwa in Gemäßheit des Beweisinterlocuts auf den Gesammtinhalt der in den sieben Kisten enthaltenen Waaren ankommen sollte. Das Beweisinterlocut lautet: „die mit Beschlag belegten Geschäftsbücher.“ Will man es zu Gunsten des Klägers interpretiren, so müssen die Worte „ganz oder theilweise“ oder ähnliche hinzugedacht werden. Obgleich nun die Gründe des Beweisinterlocuts keinen Anhalt dafür darbieten, daß

der Richter diesen Sinn seinem Interlocut habe beilegen wollen, auch der Beschlag auf sämmtliche sieben Kisten gelegt worden ist, dieselben also im Ganzen als der Gegenstand betrachtet worden sind, welcher die Gerichtszuständigkeit begründen solle, so waren gleichwohl, theils nach dem Grundsatz utile per inutile non vitiatur, theils in Beihalt der dem Beweisinterlocut vorgängigen, für dessen Erklärung bedeutsamen Verhandlungen, in denen sich die Angabe findet, die Waare sei theils zur Disposition gestellt, theils nicht in das Eigenthum von Wohlfahrt übergegangen, theils in Berücksichtigung, daß auch sonst die Worte: „oder wie viel weniger" in Beweisinterlocuten als sich von selbst verstehend angesehen werden —, die Worte „ganz oder theilweise" zu subintelligiren, und im Anschluß an die zweite Beschwerde des Klägers und unter Verwerfung der ersten, das vorige Erkenntniß, wie aus dem Urtheil ersichtlich, abzuändern.

Einer Auflage im Urtheil, die Inhaber der beklagten Handlung namhaft zu machen, bedurfte es gegenwärtig nicht mehr, da der Kläger, welcher allein dabei betheiligt ist, daß sämmtliche Inhaber der Handlung den Eid leisten, in der Appellationsinstanz selbst angegeben hat, daß bei der Handlung der Zeit nur ein Inhaber betheiligt sei.

Dem Obigen zufolge mußten die Kosten erster Instanz wegen Zuvielforderung, die Kosten zweiter und dritter Instanz wegen Wechsels der Erkenntnisse verglichen werden, und war zugleich, da die Beklagten der ihnen unterm 6. Juni d. J. geschehenen Auflage, ihren Procurator mit dem ordnungsmäßigen Kostenvorschusse zu versehen, nicht entsprochen haben, das Appellationsgericht um Einziehung der sämmtlichen, für die Beklagten in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten zu ersuchen.

Auszug aus den Seite 340 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Lorum ca. **Schneider.** 1833.

Da das Behalten eines zugesandten Looses, wenn der Empfänger ein alter Kunde des Collecteurs ist und mit demselben in Rechnung steht, an sich als eine stillschweigende Annahme betrachtet werden

muß, mithin der Verkauf des fraglichen Looses an den Impetraten für perfect zu achten sein und so der Vindication des Impetranten die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen würde, so liegt dem Letzteren künftig der Beweis ob, daß entweder jenes Behalten des Looses aus einem bestehenden Grunde nicht als eine Annahme desselben angesehen werden könne, oder von ihm bei der Zusendung, wie er behauptet, zur Bedingung gemacht worden sei, daß die Bezahlung der Einlage vor der Ziehung erfolgen müsse.

237.

Christian Huber, Kläger, Appellant gegen **Peter Gallmeyer und Ehefrau,** Beklagte und Appellaten, eine Weg- und Fahr-Gerechtigkeit betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. November 1860.

A. Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten und Hauptbeschwerde die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. November 1858, also sofortige Verurtheilung der Beklagten.

Die Entscheidung dieser Beschwerde hängt allein von der richtigen Auslegung des landamtlichen Protokolles vom 18. Juni 1823 ab, durch welches die Wittwe Rosina Jörg zweien ihrer Kinder die jetzt fraglichen beiden Hofraithen abtrat.

Es mußte nun zunächst

I. darin dem Appellationsgerichte beigepflichtet werden, daß die Wittwe Jörg die Hofraithe Nr. 178 (jetzt Gewann I. Nr. 114^{b}) zu Gunsten der benachbarten Hofraithe Nr. 179 (Gewann I. Nr. 114^{a}) mit einer Servitut des Eingangs- und Einfahrtsrechtes beschwert und nicht ein bloß obligatorisches Verhältniß zwischen den zwei Kindern, an welche sie die beiden Hofraithen abtrat, beabsichtigt habe. Denn

1) die entscheidenden Worte:

> „dieses gemeinschaftliche Eingangs- und Fahrrecht solle auch fortbestehen,"

kommen an einer Stelle vor, wo von der Person der beiden Kinder, welche Besitzer der Hofraithen werden sollten, noch gar keine Rede

war, vielmehr nur das sachliche Verhältniß der beiden Hofraithen, ihre Abgrenzung u. s. w. beschrieben ist, und schließen sich unmittelbar an die Worte an, daß zu beiden Häusern dermalen eine gemeinschaftliche Einfahrt und Gang bestehe, können also nicht wohl anders aufgefaßt werden, als daß jenes Recht der einen Hofraithe gegen die andere zustehen solle.

2) Dies wird auf das Bestimmteste bestätigt durch die gleich nachher, wo von dem Wiederaufhören des Rechts geredet wird, gebrauchte Ausdrucksweise. Es heißt hier, wenn die näher bezeichneten Bedingungen eingetreten seien, so habe alsdann die Hofraithe Nr. 179 kein weiteres Recht, als Dachtraufrecht, auf dem Hofraithsplatz gegen die Seite des Hauses Nr. 178 zu. Durch diesen Gegensatz ist unverkennbar angedeutet, daß das mit dem Eintritt der Bedingungen erlöschende Recht eben auch als ein Recht der Hofraithe 179 auf den Hofraitheplatz 178, also als ein dingliches, gedacht werde.

3) Hauptsächlich aber folgt die Absicht, eine Servitut zu constituiren, daraus, daß das Fortbestehen des Eingangs- und Fahrrechts von einem Personenwechsel im Besitz des dienenden Grundstücks (178) in keiner Weise abhängig gemacht worden ist. Denn wenn man auch die beiden Bedingungen, mit deren Eintritt das Recht erlöschen soll, ganz im Sinne des Klägers auffassen wollte, so bezögen sie sich doch nur auf eine Besitzveränderung an dem Hause Nr. 179, und auf ein von dem Besitzer des Hauses Nr. 178 zu stellendes Verlangen wegen Wiederbenutzung der Einfahrt auf der anderen Seite des Hauses Nr. 179, ohne daß dabei irgend unterschieden ist, wer sich im Besitze von Nr. 178 befinde, indem vielmehr allgemein gesagt wird: „sollte der besondere Eingang — wieder geltend gemacht werden.“ Es ist daher klar, daß die jetzt streitige Einfahrtsgerechtigkeit, auch wenn die Hofraithe 178 an die zweite oder dritte Hand veräußert sein sollte, dennoch als fortbestehend gedacht wurde, so lange die beiden Bedingungen nicht eingetreten sein würden, daß also bis dahin eine dingliche Last der Hofraithe angenommen wurde. Daß man so den Inhalt des Vertrags aufgefaßt hat, bestätigt sich denn auch dadurch, daß bei den Besitzveränderungen, welche mit Nr. 178 vorgegangen sind, das Fortbestehen der fraglichen Verpflichtung aus-

drücklich vorbehalten worden ist, wie das vom Kläger selbst mit der Klage producirte Steigerungsprotokoll vom 27. April 1829 bekundet.

4) Man kann auch nicht etwa sagen, daß die hinzugefügten Resolutivbedingungen mit der Constituirung eines dinglichen Rechts unvereinbar gewesen wären, und deßhalb angenommen werden müsse, daß die Absicht nur auf eine persönliche Verpflichtung gegangen sei. Denn wenn auch das römische Recht die Beschränkung durch eine Zeitfrist oder Resolutivbedingung der Natur der Realservituten der Strenge nach nicht für entsprechend hielt, so wurde die Wirksamkeit solcher Beschränkungen doch als praktisches Bedürfniß anerkannt und im Wege einer Exception vermittelt.

l. 4. pr. D. de servitut. (8, 1).

Mit diesem Resultat ist jedoch für die Hauptstreitfrage selbst noch nichts Entscheidendes gewonnen. Denn eben weil Resolutivbedingungen so gut einer Vertragsverpflichtung, als einer Realservitut ein Ende machen können, muß selbstständig ermittelt werden, welche Bedeutung der die Wiederauflösung des fraglichen Einfahrtsrechtes betreffenden Stelle der Urkunde beizulegen ist.

II. In der Urkunde ist das Erlöschen des constituirten Eingangs- und Einfahrtsrechtes von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß seiner Zeit

> „mit dem Haus 179 eine Veränderung vorgehen und der besondere Eingang und Einfahrt zwischen diesem und Conrad Jörg's Ehefrau Haus wieder geltend gemacht werden sollte."

Eine unbefangene Erwägung ergibt, daß es

1) die letzten Worte der Stelle sind, welche einen sicheren Anhalt für die Auslegung darbieten.

Die Behauptung des Klägers nämlich, daß die fragliche Servitut mit dem Uebergang der Hofraithe Nr. 179 auf die jetzigen Beklagten und der seinerseits daran geknüpften Erklärung erloschen sei, könnte nur dann begründet sein, wenn mit jenen letzten Worten ein Verlangen des Besitzers Nr. 178, daß der Besitzer von Nr. 179 statt der gemeinschaftlichen Einfahrt die besondere Einfahrt zwischen seinem und Conrad Jörg's Ehefrau Hause wieder in Gebrauch nehmen solle, bezeichnet worden wäre. Diese Auffassung ist aber,

wie das Appellationsgericht mit Recht angenommen hat, mit den Worten unvereinbar. Es wäre durchaus sprachwidrig, von Demjenigen, welcher an einen Andern das Verlangen stellt, sich einer bisher unbenutzten Einfahrt wieder zu bedienen, zu sagen, er mache diese Einfahrt wieder geltend. Nur Derjenige kann eine Einfahrt geltend machen, oder, wenn sie eine Zeit lang unbenutzt blieb, wieder geltend machen, für dessen Gebrauch sie bestimmt war, welcher in der Lage ist, sie vermöge eines ihm zustehenden Rechtes auszuüben. Insbesondere deutet das Wort „wieder" unverkennbar auf den Fall hin, daß Der, welcher die Einfahrt eine Zeit lang für sich nicht benutzt hatte, dieselbe von Neuem in Gebrauch setzen würde, indem nur höchst gezwungen dem Satz der Sinn untergelegt werden könnte, „wenn der Besitzer von Nr. 178 verlange, daß sein Nachbar die besondere Einfahrt von Neuem benutzen solle." Eben dies bestätigt auch der Zusammenhang mit den vorhergehenden, von einer Veränderung mit dem Hause 179 redenden Worten. Von welcher Veränderung man auch die Worte verstehen möge, so ist das Subject in diesem ersten Satztheile unzweifelhaft der Besitzer von Nr. 179, und wenn nun uno tenore fortgefahren und von einem Wiedergeltendmachen der Einfahrt gesprochen wird, so läßt sich nicht wohl anders annehmen, als daß hier dasselbe Subject gemeint sei, welches in dem Vordersatze als solches vorausgesetzt war.

Es können hiernach die Worte: „sollte der besondere Eingang — wieder geltend gemacht werden," nur auf den Besitzer von Nr. 179 bezogen werden. Dieses Ergebniß würde am unzweideutigsten hervortreten, wenn Gewißheit darüber vorläge, daß die Disponentin unter dem „besonderen Eingang und Einfahrt" eine der Hofraithe Nr. 179 an dem Grundstücke von Conrad Jörg's Ehefrau zustehende Weg-Servitut verstanden hätte. Denn von der Servitut an dem Grundstücke eines Dritten ließ sich unmöglich sagen, sie werde wieder geltend gemacht, wenn der dabei unbetheiligte Besitzer von Nr. 178 das Verlangen stellte, sie wieder in Ausübung zu bringen, und es wäre überdies völlig unerklärlich, wie die Disponentin von einem bloßen Verlangen der Art die entscheidende Folge des Verlustes der gemeinschaftlichen Einfahrt über den Hof Nr. 178 hätte abhängig machen sollen, während die Servitut gegen Conrad Jörg's Ehefrau in-

zwischen längst durch Nichtgebrauch erloschen sein konnte. Es läßt sich indessen keineswegs behaupten, daß die obige Auslegung nur mit jener Voraussetzung bestehen könne. Dies würde nur der Fall sein, wenn die gebrauchte Ausdrucksweise mit der entgegengesetzten Voraussetzung, daß die fragliche besondere Einfahrt sich auf dem eigenen Grund und Boden von Nr. 179 befunden habe, unvereinbar wäre. Es ist indessen nicht abzusehen, warum von Demjenigen, welcher einen auf seinem Grundstück bestehenden, aber temporär unbenutzt gelassenen Weg zum Eingehen und Einfahren von Neuem in Gebrauch setzt, und zu diesem Behufe die betreffende Stelle seines Grundstückes so herrichtet, daß die Einfahrt darüber wieder in Ausübung und Wirksamkeit trete, nicht gesagt werden könnte, er mache diese Einfahrt wieder geltend. Auch wenn daher die Disponentin davon ausgegangen sein sollte und nach Lage der Sache davon hätte a sgehen müssen, daß es sich bei Wiederbenutzung der besonderen Einfahrt nur um einen Ausfluß des dem Besitzer von Nr. 179 zustehenden Eigenthums handle, würde darin kein Grund zu einer anderen, als der obigen Auslegung zu finden sein, weshalb denn die unter den Parteien streitige factische Frage, ob die „besondere Einfahrt" im Jahre 1823 nur auf dem Grund und Boden von Nr. 179 bestanden habe, oder vielmehr eine auf dem Grundstück von Conrad Jörg's Ehefrau lastende Servitut gewesen sei, sich als bedeutungslos und eine Beweisauflage darüber sich als entbehrlich darstellte.

2) Nach dem Bisherigen braucht auf die Auslegung der ersten Worte:

> „sollte seiner Zeit mit dem Haus 179 eine Veränderung vorgehen,"

nur insofern eingegangen zu werden, als es sich fragen könnte, ob daraus irgend ein Gegengrund gegen die obige Auslegung des zweiten Satztheiles herzuleiten sei. Denn wenn dieses nicht der Fall ist, so kann man dahingestellt sein lassen, was die Disponentin sich unter der „Veränderung mit dem Haus 179" gedacht habe, weil dann immer feststeht, daß die zu Gunsten der Hofraithe 179 constituirte Servitut der Einfahrt über den Hof 178 nicht eher aufhören sollte, als bis der Besitzer von 179 für gut befunden habe, die besondere Einfahrt auf der anderen Seite seines Hauses wieder in Gebrauch

zu setzen, und damit, da dieser Fall bis jetzt nicht eingetreten ist, die Anweisung der Klage motivirt bleibt.

Die erwähnte Frage muß aber verneint werden.

a) Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, daß mit den fraglichen Worten eine Besitzveränderung gemeint gewesen sei, so würde daraus doch nur folgen, daß die Disponentin für das Erlöschen der gemeinschaftlichen Einfahrt über den Hof 178 zwei unter sich nicht in nothwendigem Zusammenhang stehende Resolutivbedingungen aufgestellt habe, nämlich die, daß das Haus 179 auf einen anderen Besitzer übergehe, und außerdem die, daß der Besitzer von 179 die besondere Einfahrt auf der anderen Seite wieder in Gebrauch setze. Der Gedankengang der Disponentin könnte dabei sehr wohl der gewesen sein, daß sie der ersten Besitzerin von 179, ihrer Tochter Elisabeth, die Annehmlichkeit der gemeinschaftlichen Einfahrt unter allen Umständen auf die Dauer ihres Besitzes habe sichern, aber auch den Nachfolgern ihrer Tochter denselben Vortheil wenigstens auf so lange habe gewähren wollen, bis einer derselben die besondere Einfahrt auf der anderen Seite wieder in Gebrauch setzen und dadurch die Entbehrlichkeit der gemeinschaftlichen Einfahrt über den Hof 178 selbst kund gegeben werde.

Bei dieser Auffassung würde sich allerdings das Bedenken, daß die Disponentin das Wesentliche ihres Zweckes anscheinend auch schon durch die zweite Bedingung allein hätte erreichen können, aufwerfen lassen. Allein abgesehen davon, daß dieses Bedenken dieselbige Auslegung der zweiten Bedingung nur in geringem Grade schwächen würde, fehlt es an jedem aus der Urkunde zu entnehmenden selbstständigen Grunde dafür, daß mit den fraglichen ersten Worten gerade eine Besitzveränderung gemeint gewesen sei, indem die vom Kläger deßhalb hervorgehobenen sprachlichen Momente offenbar ohne Bedeutung sind. Vielmehr stellt sich

b) die Annahme, es habe durch jene Worte eine bauliche Veränderung mit dem Hause 179 bezeichnet werden sollen, als eine mindestens eben so zulässige dar. Ging die Wittwe Jörg davon aus, daß zur Zeit ihrer Verfügung die bauliche Einrichtung des Hauses 179 ganz auf die gemeinschaftliche Einfahrt über den Hof 178 berechnet sei, so daß, so lange diese Einrichtung bestand, auf eine

Erneuerung der besonderen Einfahrt von der anderen Seite her wenig oder gar kein Werth zu legen war, so erklärt sich die Disposition vollkommen und der hauptsächliche Gegengrund des Klägers, daß es an jeder näheren Bestimmung über die Art der baulichen Veränderung fehle, beseitigt sich, sobald man nur mit dem Appellationsgerichte die beiden Bedingungen als eng zusammengehörig auffaßt und von dem Falle versteht, daß der Besitzer von Nr. 179 eine bauliche Veränderung in seinem Hause vornehme, welche ihn selbst veranlassen würde, die besondere Einfahrt neben der Hofraithe von Conrad Jörg's Ehefrau wieder in Benutzung zu nehmen. Es bleibt aber

c) selbst noch eine dritte, sehr wahrscheinliche Auslegung übrig, nämlich die, daß mit der Veränderung an dem Hause 179 überhaupt nichts weiter gemeint sein sollte, als die Veränderung, welche in dem gleich darauf hervorgehobenen Wiedergeltendmachen der besonderen Einfahrt zum Besten des Hauses enthalten war. Die ganze Disposition, wie sie äußerlich als eine zusammenhängende erscheint, würde sich darnach auch innerlich nur als eine und dieselbe Verfügung darstellen, und das Verbindungswort „und" würde, wie dies bei nicht ganz präciser Schreibweise nichts Auffallendes hat, nur dazu bestimmt sein, die nähere Erklärung dessen zu geben, was in den vorausgeschickten Worten bereits kurz angedeutet war.

Bei der Möglichkeit dieser verschiedenen Auffassungen läßt sich in keiner Weise behaupten, daß das oben gerechtfertigte Verständniß der an eine Wiedergeltendmachung der besonderen Einfahrt geknüpften Resolutivbedingung durch die vorausgehenden Worte zweifelhaft gemacht werde, und mußte daher die Abweisung der Klage bestätigt werden.

B. Diese Entscheidung hatte zugleich die Verwerfung der zweiten, die Kosten erster und zweiter Instanz betreffenden Beschwerde zur Folge, da kein Grund vorhanden ist, den unterliegenden Kläger von Tragung der Kosten erster Instanz und eines seinem Rechtsmittel gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß entsprechenden Theils der Kosten zweiter Instanz zu befreien, wie denn damit auch die nur auf den Fall einer Verurtheilung der Beklagten sich beziehende dritte Beschwerde von selbst erledigt und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz gerechtfertigt erscheint.

238.

Singler David Schrubsole zu Queensborough, Kläger gegen **Peter Eduard Schneider,** Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, Forderung aus einem Lotteriegewinn betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. November 1860.

In Erwägung

daß es als zweckmäßig sich darstellt, zunächst nur über die erste Beschwerde des Klägers zu erkennen, welche er gegen die Verwerfung seines in voriger Instanz auf die Adjunction der Acten des zwischen Hugh Copeland und dem gegenwärtigen Beklagten im Jahre 1855 verhandelten Prozesses gestellten Antrags gerichtet hat, daß aber dieser Beschwerde Statt zu geben war, indem, wenngleich zwischen jener und der gegenwärtigen Sache das Verhältniß materieller Connexität nicht besteht, doch ein innerer Zusammenhang beider Sachen insofern nicht zu verkennen ist, als der Kläger aus dem Grunde, weil die Kenntniß des Verfahrens, welches der Beklagte als Lotteriecollecteur in jenem Falle gegen den gedachten Copeland geübt habe, ein Licht auf das gegen den Kläger angewendete zu verwerfen geeignet, und daher für dessen Beurtheilung von Wichtigkeit sei, jene Sache bereits in erster Instanz vielfach in Bezug genommen hat, und dieses Verhältniß beider Sachen zu einander Gegenstand der Verhandlungen unter den Partcien geworden ist, auch überdies der Beklagte, wenn er gleich in dieser Instanz dem Antrage des Klägers aus prozessualischen Gründen widerspricht, doch die Adjunction jener Acten auch seinerseits in seinem materiellen Interesse für wünschenswerth erklärt,

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation des Klägers für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 5. December v. J., wie hiemit geschieht, in seinem Decisum sub 1 wieder aufzuheben und die Acten des Stadtgerichts und Appellationsgerichts in Sachen Copeland ca. Schneider von 1854 den Acten der gegenwärtigen Sache zu adjungiren seien.

Die in Betreff dieses Incidentpunktes in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten werden compensirt, und soll nunmehr wegen nachträglicher Einsendung der mehrgedachten Acten behufiges Ersuchungsschreiben an das Appellationsgericht erlassen werden.

239.

Gustav Nolda zu Rotterdam, Kläger gegen **Maximilian Gerothwohl**, Beklagten, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 8. August 1859.

In Erwägung daß

I. — — — — — — — — — — — — —

II. die Sache sodann selbst anlangend,

1) die Activlegitimation des Klägers, als Cessionars des Handlungshauses Doerschlag & Gerbaulet zu Rotterdam, zwar urkundlich nicht nachgewiesen, inzwischen von Seiten des Beklagten nicht angefochten, sondern das Cessionsverhältniß anerkannt wurde.

2) Der Grund des ersten Theils der Klage

daß durch die Vermittlung des Handlungshauses Doerschlag & Gerbaulet zu Rotterdam zwischen der Firma Lloyd Beilby & Comp. zu London und dem Beklagten ein Lieferungsgeschäft wegen Cognac in zwei Sendungen im Preise von zusammen Lvrs. 3054. 13 Schill. 6 ₰ abgeschlossen und für diese Vermittlung dem vorgedachten Handlungshause eine Provision von 2 pCt. zugesagt worden sei,

von dem Beklagten eingeräumt wurde, dieser jedoch, nachdem ihm obiger Kaufpreis nach einem angeblichen Abzug in einer minderen Summe von den Käufern bezahlt wurde, den Vermittlern des Geschäfts, jetzt ihrem Cessionar, dem Kläger, die Provisionsgebühr nur nach dem Betrag der eingegangenen Mindersumme des Kaufpreises berechnen will, inzwischen dieses Verfahren der rechtlichen Begründung entbehrt, weil

a) Beklagter nicht zu behaupten vermochte, daß ausdrücklich ausgemacht worden sei, daß die Provision nur von dem wirklich eingehenden Betrage des Kaufpreises zu berechnen sei, während bezüglich des Vermittlers solchen Provisionsberechnungen in Ermanglung etwa entgegenstehender Uebereinkunft der stipulirte Kaufpreis, unabhängig von denjenigen Verhältnissen, welche bei Effectuirung des Geschäfts zwischen Käufer und Verkäufer etwa eintreten, zu Grunde zu legen ist;

b) Beklagter zwar vorgeben will, daß Doerschlag & Gerbaulet den ihm bei der Effectuirung des Geschäfts gemachten Abzug hätten abwenden können, dieserhalb jedoch, obgleich darum ersucht, keine vermittelnden Schritte gethan hätten, inzwischen Beklagter überall nicht thatsächlich zu begründen vermochte, inwiefern sie zu dieser Vermittlung rechtlich verpflichtet waren, oder inwiefern in Folge einer schuldvollen oder dolosen Handlungsweise von Doerschlag & Gerbaulet der fragliche Abzug am Kaufpreise dem Kläger gemacht worden, und er sich solchen habe gefallen lassen müssen, weil endlich

c) nach dem in der Replik angeführten, und nicht bestrittenen Schreiben des Beklagten vom 3. September 1858 Beklagter die Rechnung der Vermittler Doerschlag & Gerbaulet anerkannte, und nicht bestreiten konnte, daß diese Rechnung den dermalen eingeklagten, auf Grund des stipulirten Kaufpreises berechneten Provisionsbetrag umfaßte, die Aeußerung des Beklagten aber in jenem Schreiben, daß nach Eingang der bewußten Wechsel, nämlich der auf die Käufer des Cognac abgegebenen Wechsel die Commission, d. h. die Provision zur Verfügung stehe, insbesondere der ebengedachten Anerkennung gegenüber nur als eine Bestimmung der Zahlungsfrist für die Provision, als eine Bitte um Stundung des Betrags zu betrachten ist, daher es bei den in der Klage berechneten Lvrs. 61. 1 Schill. 10 ₰ sein Bewenden behält;

3) die als zweiter Theil der Klage geltend gemachte Auslagerechnung von fl. 17. 77 Cts. vom Beklagten als richtig anerkannt wurde;

4) so viel die Compensationseinrede des Beklagten betrifft, Kläger sich die Compensationseinrede gefallen lassen will, daher es keiner weiteren Ausführung bedarf, inwiefern er hierzu verbunden sein sollte, die vorsorgliche Verabredung der Richtigkeit der Gegenforderung

jedoch nicht als eine genügende Streiteinlassung zu erachten ist, und für zugestanden angenommen werden muß — inzwischen

5) diese Gegenforderung auf die Entscheidung bezüglich der Streitkosten nicht einzuwirken vermag, da Beklagter überall nicht anzuführen vermochte, daß Kläger bereits vor der Klagerhebung die Zulässigkeit der Forderung bestritten habe, und dieselbe dadurch Gegenstand der Verhandlung geworden sei, wird zu Recht erkannt:

1) — — — — — — — — — —

2) In der Sache selbst wird Beklagter verurtheilt, die eingeklagten fl. 737. 12 Cts., abzüglich der Gegenforderung von fl. 59. 20 Cts., sammt Verzugszinsen zu 5 pCt. seit 18. April l. J. binnen 14 Tagen an den Kläger zu bezahlen, auch demselben die Streitkosten, vorgängiger Taxation, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts.

vom 31. October 1859.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung, daß, was

I. die drei ersten Beschwerden anbelangt,

1) aus dem in der Replik angeführten Schreiben des Beklagten, die Anerkennung der Provisionsforderung des Cedenten des Klägers schon um deßwillen nicht zu entnehmen ist, weil dasselbe offenbar unterstellte, daß die Factura des Beklagten von Seiten des Käufers vollständig berichtigt werde, was jedoch nach der ausdrücklichen Einräumung des Klägers nicht der Fall gewesen ist, daß

2) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die klägerische Forderung in ihrem vollen Betrage begründet und der Einwendungen des Beklagten unerachtet aufrecht zu halten sein würde, da

a) ausweislich der Acten, der Cedent des Klägers nicht Verkaufscommissionär im eigentlichen Sinne des Wortes gewesen, in Bezug auf welchen letzteren bei der Berechnung der Verkaufsprovision andere Grundsätze in Anwendung zu bringen wären, vielmehr

b) der Cedent nur das fragliche Verkaufsgeschäft gegen eine Provision von 2 pCt. des Verkaufspreises vermittelt, während Be-

klagter selbst die Waaren an den Käufer abzuliefern und von demselben den Kaufpreis zu beziehen hatte, sonach

c) dem Cedenten der Vollzug des Geschäfts fremd bleiben mußte und fremd geblieben ist, daher auch auf keinen Fall ein etwaiger Verlust oder Abzug, welchen der Beklagte an dem Verkaufspreise erlitten haben will, auf die Provisionsforderung des Cedenten irgend einen Einfluß üben kann, zumal Beklagter nicht einmal näher zu substantiiren vermocht hat, worin die behauptete Nachlässigkeit der Cedenten rücksichtlich des Einzugs des Verkaufspreises, bestanden haben solle, und auch

d) in dem Schreiben des Cedenten vom 30. November 1858 ein Anerkenntniß desselben darüber, daß seine Provision sich nach dem Eingangsbetrage des Verkaufspreises zu richten habe, um so weniger zu finden ist, als dieses Schreiben verglichen mit dem des Beklagten vom 3. September 1858 nichts weiter enthält, als daß der Cedent nach dem Erbieten des Beklagten auf die Zahlung seiner Provision bis zum Eingang der in letzterem Schreiben erwähnten Wechsel warten wolle, daß

3) die vorstehend aufgestellte Rechtsansicht auch in der Conferenz zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs in so weit Anerkennung gefunden hat, „als nicht das Ortsrecht ein Anderes bestimme;"

Commissionsprotokoll der XVIII. Sitzung vom 14. Februar 1857. S. 150.

daß

4) jedoch nach der ausdrücklichen Versicherung der Herren Handlungsassessoren der hiesige Handelsgebrauch feststeht,

daß ein Agent oder Makler, durch dessen Vermittlung der Abschluß eines Kaufgeschäfts zu Stande gebracht worden ist, die ihm gebührende Provision oder Sensarie nur dann in Anspruch zu nehmen berechtigt sei, wenn das Kaufgeschäft auch wirklich vollzogen wird, es sei denn, daß dasselbe in Folge beiderseitiger Uebereinstimmung wieder rückgängig geworden ist, daß

5) in Anwendung des vorerwähnten Handelsgebrauchs auf den vorliegenden Fall, die Berechnung der Provision nur von dem wirklich

bezahlten Kaufpreise zu geschehen hat, ohne daß die klägerische Behauptung, daß Beklagter durch probewidrige Lieferung den fraglichen Abzug selbst veranlaßt habe, zu berücksichtigen ist, daß

6) nach der Angabe des Beklagten in der Vernehmlassung statt des Facturapreises von Lvrs. 3045. 13 Schill. 6 ₰ nur Lvrs. 2755 4 Schill. bezahlt, mithin ein Abzug von Lvrs. 299. 9 Schill. 6 ₰ gemacht worden sein soll, während Kläger in der Gegenerklärung behauptet, daß dieser Abzug nur Lrvs. 150 betragen habe, daß

7) hiernach der Kläger mit seiner erhobenen Klage auf Provision, insoweit solche den Betrag von Lvrs. 55. 2 Schill. übersteigt, abzuweisen ist, wenn er nicht zu beweisen vermögen wird, daß der fragliche Abzug nur Lvrs. 150 betragen habe, in welchem Falle sich die klägerische Provision nur um Lvrs. 3 mindern würde, daß dagegen

8) was die Ausmittelung der Provision nach hiesiger Währung anbelangt, der Beklagte in der Vernehmlassung erklärt, daß die Provision in Wechseln auf London zahlbar sei und hierauf hin den Werth von Lvrs. 10 zu fl. 114¼ hiesiger Währung aufgestellt hat, welche Aufstellung, da solcher von Seiten des Klägers in der Replik nicht widersprochen worden, der Berechnung der betreffenden Schuldsumme allerdings zum Grunde zu legen ist, und daß

II. die vierte Beschwerde sich insoweit als begründet herausstellt, als für den Fall der Nichterbringung des vorerwähnten Beweises der Kläger als unterliegender Theil in die Kosten erster Instanz zu verurtheilen ist, wird unter Abänderung des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 8. August 1859 für Recht erkannt:

A. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen einer von dem Stadtgericht zu bestimmenden Frist den Betrag

a) von Lvrs. 28. 2 Schill. $^{8}/_{100}$ ₰ nach der Berechnung von Lvrs. 10 zu fl. 114¼ hiesiger Währung, und

b) von h. c. fl. 17. 77 Cts., abzüglich von fl. 59. 20 kr. nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. seit dem 18. April 1859 zu bezahlen;

B. Kläger wird mit dem Mehrbetrag der eingeklagten Provision von Lvrs. 32. 19 Schill. $9^{23}/_{25}$ ₰ unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz ab und zur Ruhe

gewiesen, er könnte denn binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun:

daß dem Beklagten von dem Käufer der gelieferten Waaren nur ein Abzug von Lvrs. 150 oder von wie viel mehr als bis zum Betrage von Lvrs. 299. 9 Schill. 6 ₰ gemacht worden sei.

C. Je nach Erbringung dieses Beweises soll in vorstehender Beziehung anderweite rechtliche Verfügung erfolgen.

D. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. November 1860.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 31. October 1859 aufzuheben und dasjenige des Stadtgerichts I. vom 8. August desselben Jahres mit der Maßgabe wieder herzustellen, daß die vom Beklagten an den Kläger herauszuzahlende Summe nach dem Cours von Lvrs. 10 à fl. 114¼ zu berechnen sei.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Kläger ist

I. der Ansicht, daß Beklagter mit Einwendungen gegen den Betrag der eingeklagten Provision schon deßhalb nicht gehört werden könne, weil er in seinem Schreiben vom 3. September 1858 an Doerschlag & Gerbaulet, die Cedenten des Klägers, deren Provisionsforderung in dem ihm damals berechneten Belaufe von Lvrs. 61. 10 ₰ anerkannt habe. Dem würde jedoch nur dann beigetreten

werden können, wenn die dem fraglichen Schreiben vorausgegangenen Verhandlungen bereits den Betrag der Provision und insbesondere die jetzt streitige Frage, ob dieselbe von dem vollen stipulirten oder aber nur von dem wirklich eingehenden Kaufpreise zu berechnen sei, zum Gegenstande gehabt hätten, — was indessen weder aus dem Schreiben selbst sich ergibt, noch vom Kläger mit genügender Bestimmtheit behauptet ist. In Ermangelung solchen Inhalts der Vorverhandlungen kann in dem Gutheißen der Rechnung — sollte dieselbe auch die Provision im obigen Belaufe aufgeführt haben, und dem Versprechen, daß die „Commission" (Provision) der Cedenten des Klägers „nach Eingang der bewußten (d. i. der vom Beklagten auf seine Käufer über den vollen Betrag des Kaufpreises gezogenen) Wechsel" zur Verfügung stehe, nur die Anerkennung, daß die berechnete Provision dem stipulirten Kaufpreise entspreche und nach dessen Eingang zu zahlen sei, nicht aber ein Verzicht auf das etwaige Recht gefunden werden, den Betrag derselben zu kürzen, oder deren Zahlung ganz zu verweigern, wenn, wider Erwarten, der Kaufpreis nicht zu voll oder gar nicht gezahlt werden sollte. — Es bedarf also allerdings

II. die Frage einer Entscheidung, ob der Beklagte, weil ihm von seinen Käufern ein Abzug am Kaufpreise gemacht worden, den Cedenten des Klägers einen verhältnißmäßigen Abzug an der Provision zu machen berechtigt sei. Daß die der Provision wegen getroffene Uebereinkunft eine Bestimmung über diesen Punkt enthalten habe, ist nicht behauptet. Es kommt mithin darauf an, was die Natur des zwischen dem Beklagten und den Cedenten des Klägers obwaltenden Rechtsverhältnisses mit sich bringt. Hier muß nun

A. den beiden vorigen Erkenntnissen, auf deren Gründe Bezug genommen werden kann, darin beigetreten werden, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die klägerische Forderung in ihrem vollen Betrage begründet erscheint, namentlich auch der Einwand des Beklagten, daß die Cedenten des Klägers sich eine Kürzung der Provision deßhalb gefallen lassen müßten, weil sie den ihm am Kaufpreise gemachten Abzug nicht verhindert hätten, wegen Mangels einer jeden näheren Begründung jener angeblichen Pflicht sowohl als der behaupteten Vernachlässigung derselben, unberücksichtigt bleiben

mußte. Nach der Darstellung des Klägers, welcher, soweit sie factischen Inhalts ist, der Beklagte nicht widersprochen hat, waren Doerschlag & Gerbaulet nicht Commissionäre, sondern einfache Proxeneten, hatten nichts mit der Waare oder überhaupt der Vollziehung des Geschäfts zu thun, und muß sich nach allgemeinen Grundsätzen der Betrag ihrer Courtage nach dem Betrage des von ihnen zur Perfection gebrachten Geschäfts richten. In der Vollziehung eintretende Modificationen können sie nicht berühren; am Allerwenigsten dann, wenn dieselben, wie vorliegend, darin bestehen, daß der Käufer einen Abzug am Kaufpreise deßhalb hat eintreten lassen, weil ihm ungenügende Waare geliefert sei, und der Verkäufer, der die Provision zahlen soll, diesen Abzug, sei es mit Recht oder mit Unrecht, sich hat gefallen lassen.

Diesem nach hängt

B. Alles davon ab, ob durch den vom Appellationsgerichte unterstellten besonderen Handelsgebrauch die Herabsetzung der Provision auf 2 pCt. des wirklich eingegangenen Kaufpreises gerechtfertigt werde. Diese Frage muß aber verneint werden. Es kann

1) ganz dahin gestellt bleiben, ob das Zeugniß der Handlungs-Assessoren:

> Es stehe in Frankfurt der Handelsgebrauch fest: „daß ein Agent oder Makler, durch dessen Vermittlung der Abschluß eines Kaufgeschäfts zu Stande gebracht worden ist, die ihm gebührende Provision oder Sensarie nur dann in Anspruch zu nehmen berechtigt sei, wenn das Kaufgeschäft auch wirklich vollzogen wird, es sei denn, daß dasselbe in Folge beiderseitiger Uebereinstimmung wieder rückgäng geworden ist,"

zur Constatirung eines von dem gemeinen Rechte und allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichenden Localgebrauchs genügen werde. Ebenso

2) ob der Gebrauch, wie er hier bezeugt worden, in Anwendung auf den vorliegenden Fall zu der vom Appellationsgerichte daraus gezogenen Folgerung führen würde: daß die Berechnung nur von dem wirklich bezahlten Kaufpreise zu geschehen habe, und ob nicht vielmehr argumentirt werden müßte, weil das Kaufgeschäft durch Lieferung und Annahme der Waare, sowie Berichtigung des Kaufpreises, wenn auch mit einem Abzuge, vollzogen worden, so seien die

Cedenten des Klägers die „ihnen gebührende Provision“ mit zwei Procent des stipulirten Kaufpreises in Anspruch zu nehmen berechtigt, denn es fehlt

3) an einem ausreichenden Grunde für die Annahme, daß im vorliegenden Falle der Frankfurter Ortsgebrauch entscheidend sei für das Recht des Rotterdamer Hauses, welches ein Geschäft zwischen einem Frankfurter Verkäufer und einem Londoner Käufer vermittelt hat. Weder erscheint nach dem, was actenmäßig vorliegt, das Geschäft selbst als in Frankfurt zu Stande gekommen, noch hat man, in Ermangelung einer deßfallsigen besonderen Beredung, Grund, Frankfurt als Erfüllungsort, insbesondere auch nur als Zahlungsort für die beredete Provision anzusehen. Es fehlt also an der rechtlichen Voraussetzung für Anwendung bloß particularrechtlicher Normen dieser Stadt, welche im gegenwärtigen Falle um so bedenklicher erscheinen mußte, als der bezeugte Gebrauch auch nach des Beklagten Darstellung, in Zusammenhang zu stehen scheint mit den bei dem Handelsstande herrschenden Ansichten über den Umfang der materiellen Verpflichtungen des Mäklers,

(cf. die vom Appellationsgerichte angeführten Verhandlungen der Conferenz zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs)

nun aber nicht wohl abzusehen ist, wie auf die Stellung des Rotterdamer Vermittlers die in der fraglichen Beziehung zu Frankfurt herrschende Ansicht einen Einfluß sollte üben können.

Mußte hiernach

III. das Stadtgerichtserkenntniß in der Hauptsache wieder hergestellt werden, so war es doch bei der vom Appellationsgerichte getroffenen Bestimmung, daß bei Berechnung der Schuld des Beklagten Lvrs. 10 zu fl. 114¼ dortiger Währung zu veranschlagen seien — da Beklagter sich dem ausdrücklich unterworfen hat: zu belassen, und demgemäß jenes wiederherzustellende Erkenntniß zu modificiren.

240.

Victor Robert Johann Hertz, Kläger, Appellant gegen **Ludwig Erlanger,** jetzt dessen Erbin, Fanny, verehelichte Hahn, Beklagte, Appellatin, Forderung, jetzt Beweisführung betr.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 13. December 1860.

I. Das Stadtgericht hat die vom Kläger in seiner Beweisantretung producirten Urkunden „als Beweismittel verworfen." — Hiergegen hat Kläger seine erste Beschwerde voriger Instanz gerichtet, die vom Appellationsgerichte für unbegründet erklärt und in gravam. unicum gegenwärtiger Instanz wiederholt ist.

Die vorigen Gerichte stützen die Verwerfung der fraglichen Urkunden als Beweismittel darauf, daß dieselben in Folge des Ablaufs der in § 46 der Wechsel- und Merkantilordnung von 1739 bestimmten 5jährigen Frist, nicht nur als Wechsel, sondern auch als einfache Schuldbekenntnisse kraftlos geworden, folglich nicht mehr als Beweismittel dienen können, und muß ihnen hierin beigetreten werden.

A. Zur Zeit der Erlassung jenes Gesetzes und noch lange nachher setzte man die rechtliche Natur des eigenen Wechsels lediglich in eine adjectitia qualitas, die zu einer civilrechtlich begründeten Verbindlichkeit hinzukomme und dem Gläubiger nur die Vortheile des Wechselprozesses und der strengen Wechsel-Execution zu sichern bestimmt sei.

Einert, Wechselr. § 99. S. 495 flg.

Biener, Wechselr. Abhandl. Abth. I. § 98. (S. 210 flg.).

Die eigenen Wechsel waren also „nichts Anderes als Ver-

schreibungen über entlehntes oder aus einer anderen Ursache schuldiges Gut," welche, die Strenge des Wechselrechts ausgenommen, „mit anderen Handschriften übereinkommen."

Ludovicii, Wechselproceß C. III. § 3.

Span, Frankf. Wechselr. § 22.

Das Bekenntniß über empfangene Valuta sah man dem entsprechend als nothwendigen Bestandtheil solcher Wechsel an.

cf. nach Martens Handelsr. § 72.

und regelmäßig pflegte dasselbe in einer Art ausgedrückt zu werden, welche die causa debendi wenigstens in genere erkennen ließ.

Ludovicii, l. c. § 5.

Span, l. c. § 13 u. 22.

Hält man diesen Ausgangspunkt fest, so kann der Gedankengang des Gesetzgebers, bei der fraglichen Bestimmung nur der nachstehende gewesen sein. Ein jeder eigene Wechsel enthält zugleich die mit einem Zahlungsversprechen verbundene Anerkennung einer civilrechtlich begründeten Schuld. In dieser Eigenschaft behält er seine Bedeutung und Wirksamkeit, wenn auch nach Ablauf eines Jahres „das Wechselrecht" — die adjectitia qualitas — verloren gegangen ist. Es kann also jetzt zwar nicht mehr im Wechselprozeß geklagt, nicht mehr Wechselarrest ausgewirkt werden. Allein die Urkunde dient nach wie vor zum Beweise der Schuld (die ja überhaupt keine andere als die civilrechtliche causa hat), begründet auch die Einleitung des Executivprozesses.

cf. Span, l. c. § 117.

Nach Ablauf von 5 Jahren aber ist diese Bedeutung der Urkunde ebenfalls erloschen, sie ist also ganz werthlos.

B. Die Unterscheidung, welche Kläger machen will zwischen der Fähigkeit der Urkunde als Klagfundament, und derjenigen, als Beweismittel zu dienen, muß für ganz grundlos gehalten werden. Es läßt sich mit Fug bezweifeln, ob der Schuldschein (im Gegensatze zum Wechsel) überhaupt jemals das Klagfundament und nicht vielmehr immer nur ein Beweismittel für dasselbe bilde. Jedenfalls hängen beide Eigenschaften untrennbar zusammen. Wie die Möglichkeit als Klagfundament zu dienen, durch die volle Beweiskraft bedingt ist, so würde andererseits die gesetzliche Bestimmung ganz

illusorisch werden, wenn man zwar eine Klage aus dem Schuldschein für unstatthaft, einen Beweis der Klage durch den Schuldschein aber für zulässig erachten wollte. Den einzigen scheinbaren Anhalt für jene Unterscheidung bilden die Worte des § 46. cit.:

„und nicht mehr exigibel“.

Ständen sie allein, so müßte man vielleicht sagen, daß nur der Executivprozeß, aber nicht die Benutzung der Urkunde im ordentlichen Prozesse verwehrt sei. Allein es heißt:

„ganz erloschen und nicht mehr exigibel,“

und diese letzteren Worte sind offenbar nicht hinzugesetzt, um das vorausgegangene „ganz erloschen“ zu beschränken und abzuschwächen, sondern sie sollen auf eine besonders wichtige practische Folge des Erloschenseins noch besonders aufmerksam machen. Theorie und Praxis sind denn auch darüber einverstanden, daß jene gesetzliche Bestimmung dem über fünf Jahre alten Wechsel gerade die Beweiskraft für das der Wechselausstellung zu Grunde liegende civilrechtliche Rechtsverhältniß abspreche.

Span, l. c. § 116. i. f.

Riccius, Exercit. Nr. XX. § 4. verb. „amplius in prosecutione actionis adhiberi nequeunt.“

Orth, Rechtshändel XIII. S. 619 u. 680 i. f. 684.

Schulin, Ueber den 46. Art. der Frankf. W.-O. S. 54 flg.

Bender, Lehrb. des Frankf. Privatr. (d. A. 1835) § 87. Nr. 2.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts in S. Maas ca. Hertz von 1857.*)

C. Die Ansicht des Klägers, daß dem Wechsel nach Ablauf der fünf Jahre wenigstens die Kraft eines adminiculirenden Beweismittels zukomme, kann ebenfalls nicht für rechtlich begründet und muß insbesondere der Nachweis einer in dieser bestehenden Praxis für ganz mißglückt erachtet werden.

a) Der Fall bei

Orth, Rechtshändel XIII. S. 687 flg.

bleibt hier ganz außer Betracht. Damals ist nichts ausgesprochen,

---

*) Siehe Bd. III. S. 54.

als — was seitdem noch vielfach anerkannt worden — daß die Schuld, auch wenn der Schuldschein durch Ablauf der fünf Jahre erloschen ist, noch in anderer Weise, und namentlich durch Eidesdelation, bewiesen werden könne. Kläger argumentirt nun: da der Eid, nach Reform. I. 39. § 13 nur dann deferirt werden konnte, wenn der Deferent bereits etwas erwiesen oder eine starke Vermuthung für sich hatte, so müsse dem verjährten Wechsel die Kraft, eine solche Vermuthung zu begründen, eingeräumt worden sein. Allein es scheint, daß die damaligen Urtheilsverfasser (Juristenfacultät zu Göttingen) jene Singularität des Frankfurter Rechts ganz übersehen und gar nicht die Absicht gehabt haben, über die vom Kläger angeregte Frage zu entscheiden.

b) Bender,

Handb. des Frankf. Privatr. (v. 1848) S. 854.

spricht sich keineswegs mit solcher Entschiedenheit aus, wie es, nach dem vom Kläger gegebenen unvollständigen Auszuge den Anschein gewinnt. Er referirt vielmehr nur über die Verhandlungen der gesetzgebenden Versammlung, aus denen § 15 des Gesetzes vom 12. Nov. 1844 in seiner damaligen Fassung hervorgegangen, und läßt es seinerseits (verbo „mag") dahin gestellt, ob dem Wechsel nach fünf Jahren noch adminiculirende Beweiskraft zukomme.

c) Die oben erwähnten Verhandlungen der gesetzgebenden Versammlung

Gedr. Mittheilungen, Bd. VI. S. 87, 121, 127 u. 130.

sind weder für die Interpretation des § 46 der alten Wechselordnung maßgebend, noch ist daraus ein Zeugniß für eine feste Praxis im Sinne des Klägers zu entnehmen.

Was aber das Materielle dieser Ansicht betrifft, so beruht dieselbe auf einer Verwechselung zweier verschiedener Punkte. Die Thatsache, daß Jemand seiner Zeit einen Wechsel über eine bestimmte Summe, unter Hinzufügung einer Bemerkung über empfangene Valuta, ausgestellt hat, kann, wenn sie erwiesen ist, unter Umständen allerdings dazu beitragen, dem Richter die Ueberzeugung von der Existenz einer bestimmten civilrechtlichen Verbindlichkeit zu verschaffen. Allein der Beweis dieser Thatsache kann durch die Wechselurkunde weder vollständig, noch in irgend einem, sei es auch

noch so geringem Maße, hergestellt werden. Die Beweiskraft dieser Urkunde ist „ganz erloschen“ und es darf daher weder dem Producten die Recognition derselben angesonnen,

cf. Orth, l. c. S. 680 i. f.

noch der Producent zu einem, vorliegend überdies gar nicht angebotenen Aechtheitsbeweise zugelassen werden.

d) Das in gegenwärtiger Instanz producirte Stadtgerichts-Erkenntniß in Sachen

Diehl ca. Haag, d. a. 1837,

spricht sich über die Beweisfähigkeit der Wechselurkunde gar nicht, sondern nur über die der Thatsache der Wechselausstellung beizulegende Erheblichkeit aus, würde übrigens, auch wenn es anderen Inhalts wäre, den Beweis der vom Kläger behaupteten Praxis herzustellen nicht ausreichen.

II. Die, mittelst des jetzigen grav. unic., ebenfalls wiederholte, zweite Beschwerde voriger Instanz bezieht sich auf die Verwerfung der übrigen vom Kläger inducirten Beweismittel, mit Ausnahme des zugeschobenen Eides.

Auch hier muß der Ansicht der vorigen Gerichte beigetreten werden, daß mit Verwerfung des Urkundenbeweises die ganze Beweisantretung sub. II., und folgeweise auch der sub. III. anerbotene Erfüllungseid von selbst hinwegfällt. Kläger hat zu beweisen:

daß Beklagter dem verstorbenen ꝛc. Hertz versprochen habe, fl. 19,500, die er ihm aus Börsengeschäften .... schuldig geworden sei, in bestimmten Terminen zu bezahlen,

er hat also ein Zahlungsversprechen darzuthun, welches unter Anerkennung einer in dem gedachten Betrage bestehenden, aus Börsengeschäften herrührenden Schuld, zu deren Tilgung die versprochene Zahlung erfolgen sollte, stattgefunden hat.

Der Kläger hat nun in seiner Beweisantretung sub. I. und II. das Beweisthema zerlegt. Er wollte

1) den Beweis, daß Beklagter fl. 19,500 — in Posten à fl. 500 in den fraglichen Terminen, unter Anerkennung einer in diesem Betrage bestehenden Schuld, zu bezahlen versprochen, durch die Wechsel, und

2) den Beweis, daß diese zu zahlen versprochene Schuld aus Börsengeschäften herrühre, dadurch erbringen, daß er

a) aus Aeußerungen des Beklagten im gegenwärtigen Prozesse ein Geständniß desselben zu deduciren suchte, dem verstorbenen Banquier Hertz mehr als fl. 19,500 — aus Börsengeschäften schuldig geworden zu sein;

b) Zeugen benannte, die bezeugen könnten, daß Beklagter mit Hertz zur betreffenden Zeit in vielfältigen Börsengeschäften gestanden habe, und von daher demselben namhafte Summen schuldig geworden sei, endlich

c) zur Ableistung eines Erfüllungseides sich erbot.

Nach dieser Disposition kann über die Tendenz der Beweisantretung im Ganzen kein Zweifel sein. Kläger beabsichtigte nicht eine directe Beweisführung in der Art, daß er darthun wollte, Beklagter habe ein Zahlungsversprechen mit der speciellen und ausdrücklichen Erklärung, daß er eine aus Börsengeschäften herrührende Schuld von fl. 19,500 bezahlen wolle, gegeben. Seine Meinung war vielmehr: wenn es ihm gelinge, zu beweisen, einerseits, daß Beklagter dem ꝛc. Hertz aus Börsengeschäften Geld und zwar viel Geld, schuldig geworden, andererseits, daß derselbe in den Jahren 1836 resp. 1832 neun und dreißig Wechsel à fl. 500, einen jeden mit dem Bekenntnisse empfangenen Werthes versehen, ausgestellt habe, dann die Causalverbindung zwischen beiden Thatsachen durch eine einfache Schlußfolgerung sich ergeben werde, das Zahlungsversprechen, welches in den Wechseln enthalten sei, könne unter solchen Umständen auf nichts Anderes sich beziehen, als auf jene Schuld aus Börsengeschäften, und das Bekenntniß valuta empfangen zu haben, sei thatsächlich gleichbedeutend mit der Anerkennung, daß die gedachte Schuld wenigstens fl. 19,500 — betrage.

Ob und wie weit diese Schlußfolgerung begründet sein würde, kann dahin gestellt bleiben. Sie ist jedenfalls dadurch bedingt, daß beide Factoren — die Existenz einer Schuld aus Börsengeschäften und die Ausstellung der Wechsel — bewiesen werden. Fehlt es an dem Einen, so hat der Andere für den im gegenwärtigen Prozeß dem Kläger obliegenden Beweis keinen Werth mehr.

So aber steht vorliegend die Sache. Der Versuch, die Wechsel-Ausstellung durch Urkunden resp. einen Erfüllungseid darzuthun, ist, nach der Ausführung sub. I. gänzlich mißglückt; die Beweisantretung durch Bezugnahme auf Geständniß und durch Zeugen bezieht sich, wie gezeigt worden, gar nicht auf diesen Punkt und der Eid ist nur über das Beweisthema im Ganzen, nicht speciell über die beiden Momente, in welche Kläger sub. I. und II. seiner Beweisantretung jenes Thema zerlegt hat, zugeschoben, man hat also keinen Grund zu der Annahme, als solle nöthigenfalls das Eine jener Momente durch den Eid, das Andere durch andere Beweismittel dargethan werden. Fehlt es aber solchergestalt der Beweisantretung ad. I. an jedem beachtenswerthen Inhalte, so fällt damit auch die Beweisantretung ad. II. ohne Weiteres als nutzlos zusammen.

241.

Carl Küchler, Kläger, Appellant gegen **Ferd. Heuer,** Beklagten, Appellaten, wegen Erstattung einer Wechselsumme von fl. 6000.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. Februar 1859.

In Erwägung, daß

1) Beklagter seine Unterschrift auf der Tratte Anlage 1 [2] anerkannt und sonach urkundlich feststeht, daß

a) Beklagter den Kläger am 17. November 1857 beauftragt hat, am 17. Mai 1858 fl. 6000 an die Ordre des Gerhard Cöster zu bezahlen und diesen Betrag dem Auftraggeber (Trassanten) in Rechnung zu bringen; und daß

b) Kläger, als Bezogener, diesen Auftrag durch Acceptirung der Tratte angenommen, auch ausweislich der dem Wechsel aufgeschriebenen Quittung des Indossatars durch Zahlung des acceptirten Betrags erfüllt hat, hiernach

2) Kläger, welcher von dem Beklagten unbestrittenermaßen eine Deckung nicht erhalten hatte, nach bekannten Rechtsgrundsätzen Schadloshaltung, nämlich Vergütung des für den Beklagten ausgelegten Betrags, von diesem im Weg des ordentlichen Verfahrens verlangen kann, — Beklagter aber

3) behauptet, daß das dem fraglichen Wechsel zu Grund liegende Verhältniß dem Ausdrucke nicht entspreche, den es in dem Wechsel gefunden, daß nämlich Kläger gar nicht für Rechnung des Beklagten, mit dem er in gar keiner geschäftlichen Beziehung gestanden, sondern vielmehr für Rechnung und zu Lasten des Remittenten Gerhard Cöster auf dessen Ersuchen acceptirt habe, indem Kläger und Be-

klagter in Folge dieses Ersuchens übereingekommen seien, unter gemeinschaftlicher Verpflichtung dem Cöster die zur Erlangung eines Zollcredits erforderliche Sicherheit zu beschaffen, was denn durch Ausstellung resp. Acceptation des fraglichen, von Cöster dem Rechneiamt als Sicherheit für zu gewährenden Zollcredit übergebenen Wechsels in's Werk gesetzt worden sei, wonach also jeder der Parteien zur Hälfte für die Wechselsumme aufzukommen habe, wie denn auch Beklagter bereit sei und stets bereit gewesen sei dem Kläger die Hälfte des von ihm an das Rechneiamt bezahlten Betrags zu vergüten.

4) Kläger, unter Hinweisung auf das aus dem Wechsel sich ergebende, dem wahren Sachverhalt auch völlig entsprechende Rechtsverhältniß, jener Darstellung des Beklagten widerspricht und daher Beklagter, da das Fundament der Klage, daß Kläger für Rechnung des Beklagten acceptirt habe, bereits durch die Wechselurkunde [2] liquid gestellt ist, den Gegenbeweis, daß sich die Sache — des Wechselinhalts ungeachtet — dennoch anders, nämlich so, wie Beklagter angibt, verhalte, zu führen hätte; — inzwischen

5) nach der eigenen Darstellung des Beklagten das von ihm behauptete Uebereinkommen nicht etwa unmittelbar dem hier in Frage kommenden Wechsel vom 17. November 1857 zu Grund gelegt worden ist, sondern vielmehr weit früher, im Mai 1856, unter den Parteien getroffen worden sein soll, worauf dann später von Halbjahr zu Halbjahr dasselbe Verhältniß ohne weitere Verhandlungen unter den Parteien allemal auf Ersuchen des Gerhard Cöster durch Ausstellung resp. Acceptation weiterer Zollcreditwechsel wieder erneuert worden sei; —

6) die Richtigkeit der ursprünglichen Uebereinkunft vorausgesetzt, — allerdings Kläger bei Erneuerung der Wechsel hätte erklären müssen, daß er sich nicht weiter für Cöster verpflichte, sondern nur zu Lasten des ziehenden Beklagten ferner acceptire, und falls er dieses nicht gethan, seinem jetzt erhobenen Anspruch mit Grund die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden könnte; — nun aber Beklagter einräumen muß, daß Kläger bei Gelegenheit des Wechsels vom 23. Mai 1857 das Schreiben von gleichem Tage an ihn gerichtet hat, worin er ganz unzweideutig zu erkennen gibt, daß er keine weitere Verpflichtung für Cöster übernehme, sondern nur zu Lasten und

für Rechnung des Beklagten acceptirt habe; — und wenn man auch mit dem Beklagten darin einverstanden sein kann, daß Kläger — die Richtigkeit des ursprünglichen Uebereinkommens immer vorausgesetzt — nicht berechtigt gewesen wäre, das seither bestandene Rechtsverhältniß bezüglich des Wechsels vom 23. Mai 1857 erst nach Ausstellung und Acceptation desselben einseitig zu verrücken, hieraus doch nur das folgt, daß Beklagter einer etwa gegen ihn wegen der Tratte vom 23. Mai, von dem Kläger auf Revalirung angestellten Klage eine wirksame Einrede hätte entgegenstellen können; — es sich aber hier nicht um jene Tratte, sondern um die sechs Monate später ausgestellte Tratte vom 17. November 1857 handelt, rücksichtlich deren Beklagter nach Empfang des Schreibens vom 23. Mai gar nicht mehr in Zweifel sein konnte, daß Kläger das ursprüngliche Verhältniß für die Zukunft jedenfalls aufgelöst wissen wollte, weßhalb Beklagter, wollte er der Uebereinkunft vom Mai 1856 eine fortdauernde Wirkung sichern, die in dem Schreiben vom 23. Mai 1857 niedergelegte, unzweideutige Erklärung des Klägers auf keinen Fall, wie er geständigermaßen gethan, stillschweigend hinnehmen durfte; — übrigens

7) die Angabe des Beklagten, der Kläger habe die Tratte vom 17. November in dem Bewußtsein acceptirt, damit für Cöster als Bürge einzutreten, nicht nur durch den Inhalt der Wechselurkunde selbst, sondern auch durch den klaren, über die Auffassung des Klägers auch nicht den mindesten Zweifel lassenden Wortlaut des Schreibens vom 23. Mai 1857 so lange widerlegt wird, als sich nur auf die Uebereinkunft vom Mai 1856 berufen werden will, und Beklagter als Geschäftsmann jenes Schreiben um so weniger für unwesentlich und werthlos halten durfte, als ihm bei den beiden ersten Wechseln (Mai und November 1856) ähnliche Schreiben abseiten des Klägers nicht zugekommen waren, und als ihm durch jenes Schreiben, mag nun das frühere Verhältniß beschaffen gewesen sein, wie es will, jedenfalls klar werden mußte, daß Kläger wenigstens von nun an für Cöster weiter einzutreten ablehne und nur vorbehältlich des Rückgriffs an den Beklagten ferner Wechsel acceptire; — hiernach

8) Beklagtens Berufen auf die Uebereinkunft vom Mai 1856 ein erfolgloses ist, Beklagter inzwischen noch weiter behauptet, Kläger

habe vor Acceptation des fraglichen Wechsels vom 17. November 1857 dem Gerhard Cöster für Heuer erklärt und zugesagt, daß er für Cöster's Rechnung acceptiren werde, worauf Cöster dem Beklagten mittelst Briefs vom 17. November 1857 hiervon Kenntniß gegeben und den Beklagten durch diese Mittheilung zur Unterzeichnung des bereits von ihm, Cöster, geschriebenen Wechsels bewogen habe; und dem Beklagten — bei dem Widerspruch des Klägers — dieses Vorbringen zum Beweis nachzulassen ist, da, wenn es erweislich, ungeachtet des entgegenstehenden Inhalts des wieder wie früher lautenden Wechsels [2], Kläger den Beklagten nicht auf Ersatz der ganzen Wechselsumme in Anspruch nehmen, sondern von demselben nur die Hälfte, entsprechend der Darstellung des Beklagten, verlangen könnte, indem alsdann dem erst nach geschehener Acceptation erfolgten Schreiben des Klägers vom 17. November 1857 keine Bedeutung beizulegen sein würde, weil Kläger von der gegebenen Zusage nicht einseitig wieder zurückzutreten vermöchte; — während für den Fall, daß jener Beweis nicht erbracht werden sollte, Beklagter für sachfällig und zwar wegen des ganzen Wechselbetrags sammt Zinsen vom Tag der Zahlung an erklärt werden müßte, da der Kläger sein Accept dem Rechneiamte gegenüber, ohne Abrechnung über den dem Gerhard Cöster gewährten Zollcredit verlangen zu können, vollständig einlösen mußte, —

aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, binnen 14 Tagen den eingeklagten Betrag von fl. 6000 nebst 5% Zinsen seit dem 17. Mai 1858 an den Kläger zu bezahlen, demselben auch die verursachten Streitkosten, vorgängiger richterlicher Feststellung, zu erstatten, Beklagter würde denn binnen gleicher Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig darthun:

daß Kläger vor Acceptation des Wechsels [2] auf Ersuchen des Gerhard Cöster diesem für Heuer erklärt und zugesagt habe, daß er (Kläger) einen von dem Beklagten auf ihn (den Kläger) zu ziehenden, sechs Monate a dato an die Ordre des Cöster zahlbaren Wechsel von fl. 6000 zur Hälfte für Rechnung und zu Lasten des Gerhard Cöster acceptiren werde. —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 4. Mai 1859.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers:

1) Die erste Beschwerde betrifft drei Punkte, nämlich:

A. Die Billigung des Forderungsbetrags mit fl. 6000

B. Die Annahme, daß die Klage durch den Wechsel [2] der Stadtgerichts-Akten liquid gestellt sei, und

C. Die Anerkennung, daß das sämmtliche Einredevorbringen des Beklagten durch das Schreiben [9] der Stadtgerichts-Akten widerlegt sei.

Zu A. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Kläger, als Trassat, berechtigt ist, Ersatz der von ihm in Folge seiner Annahme des Wechsels geleisteten Zahlung von dem Beklagten, als Trassanten, zu verlangen, dieser Anspruch für die ganze Wechselsumme begründet ist und nicht bloß für den Betrag, welchen der Remittent Cöster an Zoll schuldete und zu dessen Sicherstellung dieser den Wechsel auf das Rechneiamt indossirt und bei demselben hinterlegt hatte. Denn als Acceptant hatte der Kläger dem Rechneiamt gegenüber keine Einrede aus dem Verhältniß des Letzteren zu Cöster und mußte die volle Summe bezahlen, für welche er den Wechsel acceptirt hatte, und wenn diese Summe den von Cöster geschuldeten Zollbetrag überstieg, so hatte lediglich dieser sich darüber mit dem Rechneiamte zu berechnen.

Hinsichtlich des Punktes A. ist demnach die erste Beschwerde unbegründet.

Was dagegen

zu B., die Frage anbelangt, ob die Klage durch den Wechsel [2] der Stadtgerichts-Acten liquid gestellt sei, so enthält zwar dieser Wechsel seiner Wortfassung nach, wie jede Tratte, einen Auftrag des Trassanten an den Trassaten und es könnte daher scheinen, daß dem Letzteren, nachdem er die Tratte eingelöst hat, die actio mandati contraria auf Ersatz des gezahlten Betrags gegen den Trassanten zustehen müßte. Allein jener Auftrag ist lediglich die Form der Tratte und läßt keinen Schluß auf das derselben zu Grunde liegende Geschäft zu, welches vielmehr ein ganz anderes, als das des Mandats

sein kann und in der Regel ist, indem die Veranlassungen zur Ausstellung einer Tratte und die derselben unterliegenden Rechtsverhältnisse die mannigfaltigsten sein können,

Thöl, Wechselrecht. § 156.

während die Form im Wesentlichen immer dieselbe bleibt. So sind im vorliegenden Falle beide Parteien darüber einverstanden, daß der Wechsel ausgestellt und acceptirt wurde, um von dem Remittenten Cöster als Sicherheit für Zollcredit auf das Rechneiamt indossirt und bei diesem hinterlegt zu werden. Der Kläger behauptet, zu Lasten des Beklagten acceptirt zu haben, und zwar gemäß dem Auftrag desselben; der Beklagte gibt an, die Acceptation sei in Folge vorausgegangener Verabredung für Cöster's Rechnung geschehen. Der Inhalt der Tratte läßt keinen Schluß für den einen oder anderen Theil zu. Denn dieser Inhalt könnte ganz so bleiben, wie er ist, mag nun jenes oder dieses Rechtsverhältniß zu Grunde liegen, ohne daß deßhalb die Annahme des Wechsels als Caution für Zollcredit von dem Rechneiamt beanstandet worden wäre. Daraus folgt aber, daß die bloße Berufung auf den in dem Wechsel dargestellten Zahlungsauftrag zur Begründung der Klage nicht genügt, daß vielmehr der Kläger das behauptete Geschäft anderweitig darthun muß.

Der Art. 33 der Deutschen Wechselordnung gibt dem Aussteller Wechselrecht gegen den Acceptanten. Diese Vorschrift würde aber ganz illusorisch sein, wenn es dem Acceptanten gestattet wäre, sich excipiendo darauf zu berufen, daß sein Anspruch auf Ersatz der bezahlten Summe schon durch die bloße Thatsache der geleisteten Zahlung begründet werde, und doch müßte man ihm diese Einrede gestatten, wenn er zur Begründung der Deckungsklage im ordentlichen Verfahren eines weiteren thatsächlichen Klagegrundes nicht bedürfte, und man müßte von dem gegen den Acceptanten klagenden Trassanten verlangen, daß er schon im Wechselprozesse das dem Wechsel zu Grunde liegende andere Geschäft darlege und beweise, was eben so viel hieße, als ihm das Wechselrecht entziehen.

Aus diesen Gründen, welche auch

Liebe, Die Deutsche Wechselordnung. § 23 a. E.

billigt, hat das Berliner Obertribunal 1853 erkannt, daß der auf

Ersatz klagende Trassat das dem Wechselzug zu Grunde liegende Geschäft darlegen und beweisen müsse.

Archiv für Deutsches Wechselrecht. Bd. 4. S. 197.

Wenn das Ober-Appellationsgericht zu Lübeck 1830 im entgegengesetzten Sinne erkannt hat, so bestand damals die allgemeine Deutsche Wechselordnung noch nicht; 1856 aber hat das Ober-Appellationsgericht in Sachen Dalton & Comp. ca. Lehmann in einem analogen Fall und zum Theil aus denselben Gründen, welche hier geltend gemacht worden sind, entschieden, daß aus einem Indossement kein Schluß auf das demselben zu Grunde liegende Begebungsgeschäft abgeleitet werden könne.

Sauerländer'sche Sammlung. Bd. 3. S. 40.

Richtig ist es, daß die Wechselordnung in dem dritten Absatz des § 23 dem Bezogenen ausdrücklich nur das Wechselrecht gegen den Aussteller versagt; daraus folgt aber nicht, daß derselbe, wenn er im ordentlichen Verfahren klagt, von der Beweislast frei sein sollte, vielmehr ist diese Frage nach den allgemeinen Grundsätzen und den Umständen des besonderen Falles zu beurtheilen.

Nach diesen kann es aber im vorliegenden Falle um so weniger einem Zweifel unterliegen, daß den Kläger die Beweislast trifft, da zugestandener Maßen der Wechsel nicht für den Verkehr bestimmt war, sondern den Zweck hatte, dem Handelsmann Cöster Zollcredit zu verschaffen. Denn unter dieser Voraussetzung war die Form des Wechsels durch die Zollgesetzgebung geboten und es kann aus ihr kein Schluß auf die unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisse gezogen werden.

Der Gegenstand des hiernach von dem Kläger zu führenden Beweises ergibt sich aus seinen Vorträgen in der ersten Instanz. Er gibt an

a) er habe den Wechsel [2] der Stadtgerichts-Acten in Folge der dem Trassanten früher gegebenen mündlichen Erklärungen und der schriftlichen Anzeige [3] der Stadtgerichts-Acten zu Lasten des Trassanten geschützt und bei Fälligkeit bezahlt;

b) der Beklagte habe seine Erstattungsverbindlichkeit auch anerkannt, sowohl stillschweigend, durch seine Uebereinstimmung mit den mündlichen Erklärungen des Klägers und widerspruchslose Annahme

des Schreibens [3], als ausdrücklich, indem er, als Cöster seine Zahlungen einstellte, dem Kläger erklärte: „die 6000 Gulden muß ich Ihnen bezahlen."

Die unter a) erwähnten mündlichen Erklärungen werden in der Gegenerklärung genau substanziirt.

Nach S. 5 will Küchler dem Beklagten vor Ausstellung des ersten Wechsels (Mai 1856) gesagt haben, er werde seinen Regreß an ihn nehmen und aus diesem Grunde zwar acceptiren, aber nicht trassiren.

Nach S. 8 will er unmittelbar nach der Acceptation des ersten Wechsels dem Beklagten erklärt haben:

> „Ich habe nur unter der Voraussetzung acceptirt, daß ich meinen Regreß gegen Sie, den Aussteller, zu nehmen habe, und werde mich an Sie halten."

Kann der Kläger diese beiden Erklärungen oder auch nur eine derselben beweisen, und ergibt der dem Beklagten nachzulassende Gegenbeweis nicht, daß dieselben durch den Abschluß einer auf gemeinschaftliche Haftung gerichteten Uebereinkunft ihre Kraft verloren haben, so ist es klar, daß Küchler die späteren Wechsel und so auch den letzten hier in Rede stehenden, für Rechnung des Beklagten acceptirt hat.

Eines besonderen Beweises, daß der Beklagte zu jenen Erklärungen geschwiegen und dieselben somit als richtig anerkannt habe, bedarf es nicht ein Mal. Vielmehr steht auch hier dem Beklagten nur frei, gegenbeweislich die Uebereinkunft gemeinschaftlicher Haftung darzuthun. Denn wenn nach jenen Erklärungen der Beklagte trassirte, ohne daß diese Uebereinkunft vorausgegangen, so muß er dem Kläger haften, weil er wußte, daß dieser für seine, des Beklagten, Rechnung acceptiren werde.

Daß dem Kläger alternativ auch der Beweis ausdrücklicher Anerkennung der klagbar gemachten Verbindlichkeit gestattet werden muß, bedarf keiner Ausführung.

Was aber die widerspruchslose Annahme der klägerischen Schreiben [3] und [9] der Stadtgerichts-Acten und das oder der denselben vorausgegangenen von gleichem Inhalt anbelangt, so kann in der-

selben eine Anerkennung der klägerischen Forderung nicht gefunden werden.

Denn der wesentliche Inhalt dieser Schreiben ist lediglich die Anzeige der geschehenen Acceptation des von dem Beklagten ausgestellten Wechsels. Der Ausdruck „zu ihren Lasten geschützt" schließt sich der Form der acceptirten Tratte an und konnte von dem Beklagten, wenn nicht entgegenstehende Erklärungen vorausgegangen waren, als reine Form aufgefaßt werden. Eine Aenderung des bis dahin bestehenden Rechtsverhältnisses konnte durch jene Schreiben weder rückwärts noch vorwärts bewirkt werden, da eine solche Absicht in denselben nicht ausgesprochen, also der Beklagte berechtigt war, sie in einem, dem bestehenden Rechtsverhältniß entsprechenden Sinne aufzufassen.

Hiermit erledigt sich auch der dritte Punkt der ersten Beschwerde (s. oben 1 C.).

2) Wenn nach dem Vorstehenden der Kläger die Beweislast zu übernehmen hat, so versteht es sich

zur zweiten Beschwerde

von selbst, daß dem Beklagten der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere der des andern Sachverhalts vorbehalten werden muß. Der andere Sachverhalt besteht im Wesentlichen darin, daß Kläger und Beklagter übereingekommen seien, gemeinschaftlich für den Betrag des Wechsels zu haften. Die Führung dieses Beweises kann der Beklagte auch auf künstliche Weise versuchen und dazu die in seiner Appellationseinführung unter Grav. II. a bis e angeführten thatsächlichen Behauptungen, soweit sie dazu dienlich sind, was übrigens erst im Beweisverfahren zu beurtheilen sein wird, mit benutzen.

3) Die dritte eventuelle Beschwerde ist durch die Anerkennung, welche die erste Beschwerde gefunden, gegenstandslos geworden.

4) Die vierte Beschwerde ist gegen die Worte „zur Hälfte" in der Fassung des dem Beklagten von dem Stadtgericht nachgelassenen Beweises gerichtet. Aber auch sie ist eine bloß eventuelle und erledigt sich durch die oben entwickelte Ansicht, nach welcher dem Beklagten keine specielle Einrede, sondern der von ihm dargestellte andere Sachverhalt zum Beweise nachzulassen ist. Uebrigens ist es richtig, daß der Beklagte nicht behauptet hat, Küchler habe zur Hälfte zu Lasten

Cösters acceptirt, sondern es sei eine gemeinschaftliche Verbürgung Küchler's und Heuer's für Cöster begründet worden.

5) Was die Adhäsion des Klägers anbelangt, welche in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden ist, so ist es zwar richtig, daß Beklagter nicht angegeben hat, die fragliche Erklärung sei dem Cöster für Heuer gegeben worden. Allein auch die Adhäsionsbeschwerde verliert durch die in Folge der Appellation des Beklagten erforderlich gewordene Abänderung ihren Gegenstand. Von einer unbedingten Verurtheilung des Beklagten kann selbstverständlich bei dieser Abänderung keine Rede sein.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Das stadtgerichtliche Urtheil vom 2. Februar 1859 wird aufgehoben.

II. Kläger hat binnen anzuberaumender Frist zu beweisen, entweder

A. daß er vor Acceptation des ersten Wechsels (Mai 1856) dem Beklagten gesagt habe,

er werde seinen Regreß an diesen nehmen;

oder

B. daß er nach Acceptation des ersten Wechsels dem Beklagten erklärt habe,

er habe nur unter der Voraussetzung acceptirt, daß er seinen Regreß gegen ihn als Aussteller zu nehmen habe, er werde sich an ihn halten,

oder

C. daß der Beklagte seine Verbindlichkeit zur Bezahlung der geforderten fl. 6000 ausdücklich anerkannt habe.

III. Dem Beklagten wird der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere der des anderen Sachverhalts dahin vorbehalten,

daß zwischen ihm und dem Kläger die Uebereinkunft getroffen worden sei, gemeinschaftlich für den Wechselbetrag zu haften.

IV. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und hat der Appellat dem Appellanten den Stempel des Protocolls und des Urtheils zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. December 1860.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. Mai 1859 zwar in Ansehung der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, im Uebrigen aber dahin abzuändern, daß Beklagter schuldig sei, den eingeklagten Betrag von fl. 6000 nebst fünf Procent Zinsen seit dem 17. Mai 1858 an den Kläger zu bezahlen, demselben auch die verursachten Prozeßkosten erster Instanz, nach vorgängiger richterlicher Feststellung, zu erstatten, Beklagter würde denn binnen einer vom Stadtgericht vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises für den Kläger, rechtsbehörig darthun:

entweder

daß der Kläger vor Acceptirung des im Mai 1856 vom Beklagten auf ihn an die Ordre Gerhard Cöster's trassirten Wechsels über fl. 5000 sich gegen den Beklagten oder gegen Cöster damit einverstanden erklärt habe, durch sein Accept die Mitbürgschaft für Cöster wegen Zollcredits zu übernehmen;

oder

daß der Kläger vor Acceptirung des Wechsels vom 17. November 1857, [2] der Stadtgerichts-Acten, auf Ersuchen des Gerhard Cöster diesem zugesagt habe, daß er (Kläger) einen von dem Beklagten auf ihn (Kläger) zu ziehenden sechs Monate a dato an die Ordre des Cöster zahlbaren Wechsel von fl. 6000 für Rechnung und zu Lasten des Gerhard Cöster acceptiren werde.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde vor Allem die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses insofern, als dieses den Klaggrund für bereits liquid erklärt hatte.

Da die der Klage zu Grunde gelegte und als ächt anerkannte Tratte durch ihre Fassung keinen Anlaß zu der Annahme gibt, daß sie vom Beklagten für fremde Rechnung oder unter besonderen Bedingungen gezogen sei, so hängt die Entscheidung über diesen Theil der Beschwerde lediglich von der Streitfrage ab, wen bei einer eingelösten Tratte der Art die Beweislast hinsichtlich des Deckungsverhältnisses treffe, den Trassaten oder Trassanten. Das Ober-Appellationsgericht hat diese Streitfrage in den beiden Frankfurter Rechtssachen

Meisinger ca. Ehringer exec. test. Decbr. 1830 *)

Müller ca. Chanoine frères April 1841 **)

zu Gunsten des Bezogenen entschieden, indem es davon ausging, daß eine Tratte der angegebenen Art den vollen Beweis eines vollzogenen Zahlungsauftrages liefere, und daher den Bezogenen zur Ersatzforderung mittelst actio mandati contraria berechtige, sofern nicht der Trassant darthue, daß der Bezogene bereits Deckung erhalten, oder daß dem Ziehen des Wechsels ein anderes als das Mandatsverhältniß zu Grunde gelegen habe. Da die genannten Präjudicate den Parteien bekannt sind, so genügt es, unter Verweisung auf die dort gegebene Deduction, die besonderen Gründe zu prüfen, wodurch die sent. a qua gegenwärtig eine veränderte Rechtsansicht für gerechtfertigt erachtet hat. Diese Gründe bestehen in zweierlei:

1) Jene Entscheidungen seien noch unter der Herrschaft des früheren Wechselrechts ergangen, seien aber mit der Deutschen Wechselordnung nicht mehr vereinbar, da dieselbe im Art. 23 dem Aussteller Wechselrecht gegen den Acceptanten gebe und diese Vorschrift illusorisch sein würde, wenn der Acceptant schon durch die eingelöste Tratte allein einen liquiden Ersatz-Anspruch begründen und zur Einrede benützen konnte; eine Erwägung, wodurch das Königl. Obertribunal zu Berlin hauptsächlich bewogen worden ist, in dem von der sent. a

*) Siehe Seite 393.

**) Siehe Seite 398.

qua angeführten Erkenntniß von 1853 seine frühere mit der obigen übereinstimmende Ansicht zu verlassen und sich für die Beweislast des Acceptanten zu erklären. Die Argumentation läßt sich jedoch als eine entscheidende nicht anerkennen. Die angeführten beiden Präjudicate von 1830 und 1841 fallen allerdings in eine Zeit, wo die Frankfurter Praxis (im Anschluß an Art. 32 der Wechselordnung von 1739) dafür entschieden war, daß dem Trassanten als solchem kein Wechselrecht gegen den Acceptanten zustehe,

vergl. Kaltschmidt ca. Schalk, Februar 1837. *)

während die entgegengesetzte durch Art. 23 der Wechselordnung gebilligte Bestimmung erst durch § 13 des Gesetzes vom 12. November 1844 in Frankfurt einführt wurde. Allein beide Sätze stehen keineswegs in nothwendigem Zusammenhange mit einander. Schon vor der neuen Wechselordnung mußte es nach gemeinem Recht als die richtigere Ansicht anerkannt werden, daß der Trassant den Acceptanten im Wechselprozesse ausklagen könne, wie denn das Ober-Appellationsgericht sich dieser Ansicht nicht nur in der eben angeführten Sache,

Kaltschmidt ca. Schalk,

geneigt erklärt, sondern in einer späteren Hamburger Sache von 1850

s. Jurisprudenz in Wechselsachen S. 403 flg.

entschieden angeschlossen hat. Ein angesehener Vertheidiger dieser Ansicht

Heise in seinen und Cropp's Jurist. Abhandl. Bd. 2, S. 27 bis 33

hat bereits gezeigt, daß dieselbe mit der Annahme, es treffe beim Regreß des Acceptanten gegen den Trassanten den Letzteren die Beweislast, nicht in Widerspruch steht. Auch vorausgesetzt nämlich, daß der Acceptant in allen Fällen in der Lage wäre, seinen Ersatz-Anspruch durch den Wortlaut der Tratte allein vorläufig liquid zu machen, könnte man der Meinung sein, daß dies nur für die Verfolgung des Anspruchs im ordentlichen Prozeß, nicht aber zum Behuf einer der Wechselklage des Trassanten entgegenzustellenden Einrede, gelte;

vergl. Hoffmann's W.-O., Gießen 1859, S. 315 flg.

---

*) Siehe S. 398.

eine Ansicht, die namentlich den Motiven zu dem Preußischen Entwurf der Wechselordnung (ad § 23) zu Grunde liegt;

Protocolle der Wechsel-Conferenz, Leipzig 1848. S. 51 flg.

und selbst abgesehen von dieser Unterscheidung würde die Gestattung der Wechselklage dem Trassanten immer noch von Vortheil sein, sobald er die Replik, daß der Acceptant bereits Deckung erhalten habe, oder ein anderes die Erstattungspflicht ausschließendes Rechtsverhältniß zu Grunde liege, sofort nach den Regeln des Wechselprozesses nachzuweisen vermöchte. Jene Voraussetzung, daß die Tratte stets einen sofortigen Gegenanspruch des Acceptanten liquid stelle, ist aber auch nicht allgemein richtig; denn sie trifft weder dann zu, wenn der Inhalt des Wechsels selbst einen Erstattungsanspruch des Acceptanten ausschließt, z. B. mit ausdrücklicher Beziehung auf eine bereits bestehende Schuld desselben gezogen worden ist,

vergl. Jurisprud. in Wechselsachen S. 266 flg.

noch auch dann, wenn die Anweisung, den Werth in Rechnung zu stellen, sich auf ein in periodischen Abschlüssen fortlaufendes Rechnungsverhältniß der Contrahenten stützt, und daher die stillschweigende Uebereinkunft in sich schließt, daß die Deckung des Acceptanten nicht vor oder sofort beim Verfall des Wechsels, sondern erst bei dem nächsten Rechnungsabschlusse eintreten solle, ein Verhältniß, welches in kaufmännischen Verbindungen häufig genug vorkommt, um das Bedenken, die Wechselklage des Trassanten werde durch die fragliche Vertheilung der Beweislast illusorisch werden, um so mehr zurücktreten zu lassen.

2) Das Ober-Appellationsgericht selbst habe sich neuerlich in der Frankfurter Sache

Lehmann ca. Dalton & Comp., Decbr. 1856,*)

in Bezug auf den analogen Fall, wo es sich um den Beweis des einer Indossirung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts handle, im gleichen Sinne gegen einen aus dem Inhalt der Wechselurkunde herzunehmenden Beweis ausgesprochen. Allein die hier gegebene Ausführung betraf nur das Begebungsgeschäft zwischen dem Indossanten und dem Indossatar, und es kann daraus eine Consequenz für

*) Siehe Bd. III. S. 37 bis 40.

den vorliegenden Fall nicht gezogen werden. Denn welches Rechtsverhältniß zwischen dem Indossanten und Indossatar hinsichtlich der Begebung des Wechsels obwalte, darüber gibt das Indossament entweder überhaupt keinen Aufschluß, oder doch keinen solchen, welcher zur civilistischen Begründung einer Klage auf Valuta-Vergütung genügen würde, so daß für irgend ein bestimmtes Rechtsgeschäft sich nicht einmal eine Präsumtion aus dem Indossament herleiten läßt, wie dies vom Ober-Appellationsgericht auch schon in einer früheren Frankfurter Sache

Schäfer ca. Brofft, Januar 1853,*)

und ebenso in einer späteren

Trier ca. Dr. Trier, Novbr. 1857,**)

anerkannt worden ist; während, was das Verhältniß des Trassanten zum Trassaten betrifft, die Wechselurkunde in der hier vorausgesetzten Fassung den vollständigen Nachweis eines Zahlungsmandats liefert.

Die Frage von der Beweislast bei der Revalirungsklage des Trassaten ist auch seit der Deutschen Wechselordnung eine streitige geblieben. Während unter anderm

Blaschke, Oesterr. Wechselr. ed. 3, Wien 1858, § 80, Not. 13.

die Beweispflicht des Acceptanten vertheidigt, haben sich

Renaud Lehrb. des Wechselr. (ed. 2), Gießen 1857, § 39, Not. 3,

Hoffmann a. a. O., S. 316,

und ein Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Darmstadt vom 18. August 1858

s. Archiv für pract. Rechtswissensch., Bd. 7, S. 158 flg.

für die Beweispflicht des Trassanten erklärt. Auch das hiesige Ober-Appellationsgericht hat, ungeachtet des Art. 23 der Deutschen Wechselordnung und unbeschadet der erwähnten Ausführung über die Bedeutung des Indossaments, noch ganz neuerlich in einer Hamburger Sache

Pearson & Comp. ca. Dyes, April 1859.

an seiner früheren Ansicht festgehalten und konnte daher auch jetzt davon abzugehen sich nicht veranlaßt finden.

---

*) Siehe S. 400.

**) Siehe Bd. III. S. 333.

Daß übrigens die in der Tratte vorkommenden Worte „stellen ihn in Rechnung laut Bericht“ an der Beweispflicht des Trassanten nichts zu ändern vermögen, ist bereits in dem oben angeführten Präjudicat

Meisinger ca. Ehringer, Decbr. 1830. *)

hervorgehoben worden.

Der Beschwerde war sonach in diesem Punkte, ohne daß es dabei auf die Briefe [3] und [9] ankäme, zu entsprechen.

II. Der Kläger verlangt in seiner ersten Beschwerde, gestützt auf die in voriger Instanz deßhalb angebrachte Adhäsion, weiter, daß der Beklagte unter Abschneidung jedes Einredebeweises schon jetzt unbedingt verurtheilt werde.

Es kömmt hier auf zwei Behauptungen des Beklagten an, wodurch dieser die Hälfte des klägerischen Anspruchs zu beseitigen versucht hat, welche aber beide vom Kläger als ungeeignet zu einem Beweisnachlaß angefochten worden sind.

A. Der Beklagte hat in der Exceptionsschrift behauptet, er und Kläger hätten im Mai 1856 auf Ersuchen Cöster's einen Wechsel über fl. 5000 lediglich auf dessen Rechnung gezogen und acceptirt, um in dieser Wechselform gemeinschaftlich die Bürgschaft für Cöster bei dem Rechneiamt wegen Zollcredits zu übernehmen.

1) Daß hierin in Betreff der damaligen Wechselschuld die hinreichend substantiirte Behauptung eines dem Regreßanspruch des Klägers entgegenstehenden Rechtsverhältnisses liegt, leidet keinen Zweifel. Denn wenn auch nicht ausdrücklich gesagt ist, daß die beiden jetzigen Parteien direct mit einander verhandelt und eine Uebereinkunft im angegebenen Sinne getroffen hätten, so kann es doch darauf nicht ankommen. Auch wenn nur Cöster die Sache mit Jedem von ihnen besprach, der Kläger aber hierbei einwilligte, als Bürge Cöster's und nicht als Mandatar des Beklagten zu acceptiren, so blieb die Folge für ihn immer die, daß das Accept nicht auf einem Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Beklagten beruhte, welches den Letzteren zur Erstattung der Wechselschuld verbindlich gemacht hätte. Man würde bei solchem Hergang vielmehr nur darüber im Zweifel sein können,

---

*) Siehe S. 393.

ob der Beklagte auch nur theilweise dem Kläger für Ersatz zu haften hätte. Dieser Zweifel kommt jedoch nicht in Frage, da der Beklagte ausdrücklich anerkennt, daß er für die Hälfte ersatzpflichtig sei, damit also zugesteht, daß durch Cöster's Vermittelung in Bezug auf die übernommene Bürgschaft ein Societäts=Verhältniß unter den Parteien habe herbeigeführt werden sollen, und durch die Trassirung und Acceptirung zum Abschluß gekommen sei.

2) Jene gemeinschaftliche Bürgschaft nun, behauptet der Beklagte weiter, bilde auch für den jetzt in Frage stehenden Wechsel vom 17. November 1857 die Grundlage, indem von Halbjahr zu Halbjahr Cöster die Parteien um Ausstellung resp. Acceptation eines neuen Wechsels gleicher Art ersucht habe, und Kläger wie Beklagter, ohne daß zwischen ihnen weitere Besprechungen stattgefunden, diesem Ersuchen Cöster's willfahrt hätten. Cöster soll, wie in der Duplik noch hinzugefügt wird, bei jeder dieser Wechselerneuerungen, ebenso wie bei der ursprünglichen Bürgschaftsübernahme, den Kläger um Acceptirung für seine, Cöster's, Rechnung ersucht haben und Kläger damit einverstanden gewesen sein.

Soviel ist hierbei unter den Parteien unbestritten, daß im November 1856, im Mai und November 1857, jedesmal ein neuer Wechsel über fl. 5000 und das letzte Mal über fl. 6000 vom Beklagten gezogen und vom Kläger acceptirt wurde, daß jeder dieser Wechsel demselben Zwecke wie der erste, der Sicherheitsleistung für Cöster's Zollcredit beim Rechneiamte, dienen, und jeder neue Wechsel an die Stelle des ablaufenden früheren treten sollte. Auch ist nach der Darstellung der Parteien nicht zu bezweifeln, daß der Kläger die früheren Wechsel nicht hat bezahlen müssen, vielmehr Cöster selbst für die Befriedigung des Rechneiamtes, soweit der Zollcredit benutzt worden war, gesorgt, und jene Wechsel bei demselben eingelöst hat. Erwägt man diesen Hergang, so kann es, zunächst abgesehen von der schließlichen Erhöhung des Wechselbetrages, keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der erste Wechsel auf einer gemeinschaftlichen Bürgschaft der Parteien beruhte, und in der Zwischenzeit keine das Rechtsverhältniß derselben ändernde Erklärungen vorkamen, dieselbe Grundlage auch für die folgenden Wechsel als fortwirkend angenommen werden muß. Denn wenn es auch richtig ist, worauf sich der Kläger

beruft, daß jeder Wechsel eine selbstständige neue Verbindlichkeit begründete, da nicht etwa behauptet ist, daß die ursprüngliche Bürgschaft auf unbestimmte Zeit hinaus eingegangen und nur in die Form von halbjährlich zu erneuernden Tratten eingekleidet worden sei, so konnte doch der Kläger in dem Bewußtsein, daß jeder Wechsel nur an die Stelle des ablaufenden vorherigen trete und dieselben Zwecke erfüllen solle, sein jedesmaliges Accept nur auf Grund des ursprünglichen Uebereinkommens, also nur in der Willensmeinung, damit die auf Zeit übernommene Bürgschaft zu prolongiren, ertheilen, so lange nicht ein Umstand eingetreten war, welcher ihn berechtigte, das Accept auf ein anderweitiges Deckungsverhältniß zu stützen. Dieses Resultat bleibt auch dann ein gerechtfertigtes, wenn der Kläger, ohne vorherige specielle Benachrichtigung des Beklagten oder Cöster's über die beabsichtigte Prolongation der Bürgschaft, einfach die vom Beklagten auf ihn gezogenen ferneren Tratten acceptirt haben sollte, weßhalb es denn zur Begründung der Einrede neben der ursprünglichen Bürgschaftsübernahme nicht auch noch des Beweises bedarf, daß die Wechselerneuerungen durch ein jedesmaliges Ersuchen Cöster's, oder durch die jedesmalige Uebereinkunft für Cöster's Rechnung zu acceptiren veranlaßt worden seien. Dasselbe Resultat hat man aber auch hinsichtlich der Erhöhung der Wechselsumme auf fl. 6000 anzuerkennen. Wußte der Kläger, daß der über diese höhere Summe auf ihn gezogene Wechsel wieder dieselbe Bestimmung habe, wie die vorigen, und verstand er sich zum Accept, ohne sich vorher auszubedingen, daß der Mehrbetrag von fl. 1000 auf andere Weise gedeckt werde, als die ursprünglichen fl. 5000, so lag in dem Acceptiren unzweideutig die Einwilligung dazu, für den ganzen Wechsel dasselbe Rechtsverhältniß gelten zu lassen, wie für die früheren, also die übernommene Bürgschaft nicht bloß der Zeit, sondern auch der Summe nach zu erweitern. — Durch wessen Interesse die Erhöhung der Summe veranlaßt wurde, kann nicht in Betracht kommen, so daß der vom Kläger hierüber erzählte Hergang, den er ohnehin erst später erfahren haben will, unerheblich erscheint.

3) Es kann sich daher nur noch fragen, ob in der Zwischenzeit zwischen dem Mai 1856 und dem November 1857 das Rechtsverhältniß der Parteien eine Veränderung erlitten habe. In dieser

Beziehung sind die klägerischen Briefe vom 23. Mai und 17. November 1857 nach den Acten das Einzige, was zu einem solchen Resultate führen könnte. Da aber die erst nach dem Accept vom 17. November 1857 dem Beklagten zugekommene schriftliche Anzeige von demselben Tage an dem durch das Accept begründeten Rechtsverhältniß der Parteien nichts mehr zu ändern vermochte, so ist klar, daß hier überhaupt nur der Brief vom 23. Mai 1857 in Betracht kommen kann. Für die Ansicht des Stadtgerichts, welches diesem Briefe die Wirkung einer Auflösung des Bürgschaftsverhältnisses zuschreibt, ließe sich anführen, der Beklagte habe nach der Erklärung des Klägers, daß er den Wechsel vom 23. Mai zu Lasten des Beklagten geschützt habe, die neue Tratte im November 1857, noch dazu über eine größere Summe als früher, nicht mehr im Vertrauen auf ein vom Kläger anerkanntes Bürgschaftsverhältniß für Cöster ziehen dürfen, er habe sich als wahrscheinlich vorstellen müssen, daß der Kläger auch die neue Tratte wieder auf Rechnung des Beklagten acceptiren werde, und wenn er ohne vorgängige Verständigung mit dem Kläger trassirte, so habe er sich eventuell das Acceptiren auf seine Rechnung gefallen lassen. Dem steht jedoch Folgendes entgegen. Wenn wirklich das gemeinsame Bürgschaftsverhältniß bis zum Mai 1857 bestand, so war die briefliche Erklärung des Klägers eine entschieden unrichtige, mit der Voraussetzung, in welcher der damalige Wechsel gezogen war, nicht übereinstimmende. Der Beklagte durfte darin einen bloßen Irrthum des Klägers, eine unpassend angewandte Form erblicken; er konnte zwar zu dem Zweifel veranlaßt werden, ob der Kläger die nächste Tratte auf Grund der früheren Bürgschaft acceptiren werde, aber nicht die bestimmte Willenserklärung darin finden, jeden ferneren Wechsel nur noch auf Rechnung des Beklagten acceptiren zu wollen. Nun kommt es aber hier gar nicht darauf an, ob der Beklagte in seinem Vertrauen auf das Fortbestehen des früheren Verhältnisses zu weit ging, ob er unvorsichtig handelte zu trassiren, ohne sich vorher mit dem Kläger verständigt zu haben. Vielmehr kommt Alles darauf an, ob das Accept des Klägers unter Umständen erfolgte, welche ihm den Regreß für die ganze Wechselschuld sicherten. Wollte der Kläger nicht mehr auf Grund der früheren Bürgschaft, wonach er den eventuellen Verlust zur Hälfte selbst

zu tragen hatte, sondern nur noch auf die alleinige Rechnung des Beklagten acceptiren, so bedurfte es für ihn der Abschließung eines neuen Geschäftes, welches ihm den neuen Regreßanspruch für die ganze Wechselsumme verschaffte. Seine Sache war es daher, nicht eher zu acceptiren, als bis ein solches Rechtsgeschäft zu Stande gekommen war; acceptirte er, ohne Gewißheit hierüber zu haben, so that er es auf die Gefahr, für die Hälfte der Wechselsumme ungedeckt zu bleiben. Nun behauptet er selbst nicht, daß vor Acceptirung des Wechsels Erklärungen zwischen ihm und dem Beklagten vorgekommen seien, welche ein solches Rechtsverhältniß begründet hätten, in dem Trassiren des Wechsels selbst aber war, wenn das frühere Bürgschaftsverhältniß wirklich bestanden hätte, ebenso wenig eine dahin gehende unzweideutige Willenserklärung des Beklagten zu finden. Denn, hatte der Beklagte bis zum Mai 1857 incl. nur auf Grund seiner Bürgschaft halbjährlich Wechsel auf den Kläger gezogen, und standen die Parteien, wie der Kläger stillschweigend eingeräumt hat, in gar keiner sonstigen Geschäftsverbindung, woraus die Zumuthung einer unvorbereiteten Vorschußübernahme Seitens des Klägers für den Beklagten hätte gefolgert werden können, so war der Kläger in keiner Weise berechtigt, das Trassiren ohne Weiteres als auf alleinige Rechnung des Beklagten gehend aufzufassen.

Hiernach muß der Beweis des nach Angabe des Beklagten im Mai 1856 zu Stande gekommenen Bürgschaftsverhältnisses genügen, um die Klage für die bestrittene Hälfte der Wechselsumme zu beseitigen. Damit ist indessen den beiden klägerischen Briefen nicht alle Bedeutung abgesprochen; sie werden vielmehr zur Unterstützung des directen Gegenbeweises gegen jenen Beweis mehr oder weniger beitragen können.

B. Der Beklagte hat, wie bereits erwähnt, außerdem behauptet, bei der Wechselerneuerung im November 1856, so wie im Mai und November 1857, sei das Accept des Klägers auf jedesmaliges Ersuchen Cöster's gegeben worden, und es sei zwischen Cöster und dem Kläger vorher die Erklärung ausgetauscht worden, es erfolge das Accept für Cöster's Rechnung und zu dessen Lasten.

1) Insoweit diese Angabe die beiden Wechselerneuerungen vom

November 1856 und Mai 1857 betrifft, muß es zwar dem Beklagten unbenommen sein, dieselbe zur Verstärkung seines Beweises über das angeblich schon dem ersten Wechsel zu Grunde liegende Bürgschaftsverhältniß mit zu benutzen. Eine besondere Beweisauflage war aber nicht darauf zu richten, da es für den Beklagten, wenn er das im Mai 1856 entstandene Bürgschaftsverhältniß beweist, nach der obigen Ausführung nicht nothwendig ist, die Uebertragung desselben auf den späteren Wechselerneuerungen noch besonders darzuthun, im entgegengesetzten Fall aber der Nachweis der fraglichen Verhandlungen vom November 1856 und Mai 1857 für sich allein und ohne den gleichen Nachweis für den letzten Wechsel vom 17. November 1857 nicht von Erheblichkeit sein würde. Denn sollte der Kläger anfangs für Rechnung des Beklagten acceptirt und sich dann ein- — oder zweimal dazu verstanden haben, auf ein halbes Jahr für Rechnung Cöster's, d. h. als dessen Bürge, zu acceptiren, so würde der Schluß, daß auch der letzte Wechsel wieder für Rechnung Cöster's von ihm acceptirt worden sei, als ein völlig zuverlässiger nicht mehr gelten können, der Beklagte also der Nothwendigkeit nicht überhoben werden, die behauptete Verhandlung in Bezug auf den Wechsel vom 17. November 1857 ebenfalls noch darzuthun. Es könnte sich also

2) nur fragen, ob die Behauptung in dieser letzten Richtung für den Fall, wenn die ursprüngliche Bürgschaft nicht erwiesen werden sollte, dem Klaganspruch entgegenstehe. Hinge die Erheblichkeit derselben davon ab, daß der Kläger die gedachte Erklärung dem Cöster ausdrücklich als dem Vertreter des Beklagten gegeben haben müßte — wie das Stadtgericht durch die in seinen Beweissatz aufgenommenen Worte „für Heuer" angedeutet hat — so würde das Vorbringen (der klägerischen Adhäsionsbeschwerde voriger Instanz gemäß) zu verwerfen gewesen sein, da der Beklagte in erster Instanz nirgends behauptet hat, daß Cöster bei der fraglichen Verhandlung sich als Vertreter des Beklagten gerirt, oder der Kläger ihm als solchem eine Erklärung gegeben habe. Allein die Behauptung erscheint auch ohne diesen Umstand erheblich. Denn wenn der Kläger und Cöster mit einander übereinkamen, der zu trassirende Wechsel solle für des Letzteren Rechnung acceptirt werden, so gab der Kläger damit zu erkennen, daß er sich wegen seiner Deckung bloß an Cöster

halten wolle, daß er nicht die Absicht habe, mit dem Beklagten in ein, diesen regreßpflichtig machendes Mandatsverhältniß rücksichtlich des Wechsels zu treten. Das Fehlen dieses animus genügte aber, um es nicht zur Entstehung einer entsprechenden Obligation zwischen dem Kläger und dem Beklagten kommen zu lassen, es bedurfte dazu nicht einer dahin gehenden Uebereinkunft zwischen Beiden.

Liegen sonach zwei für einen Einredebeweis des Beklagten geeignete Behauptungen vor, so folgt daraus die Grundlosigkeit des hier besprochenen Theils der klägerischen Beschwerde.

III. Der Kläger hat endlich in der ersten Beschwerde auch noch verlangt, daß der dem Beklagten vorbehaltene Beweis des anderen Sachverhalts bestimmter formulirt werde.

Die sent. a qua hat, wie aus deren Entscheidungsgründen hervorgeht, durch die allgemeine Fassung des dem Beklagten nachgelassenen speciellen Gegenbeweises die Benutzung aller vom Beklagten im Appellationslibell voriger Instanz grav. II. sub a bis e aufgeführten thatsächlichen Momente offen halten, und die Prüfung ihrer Relevanz im Einzelnen dem Richter der Beweisinstanz überlassen wollen. Mochte dies vom Standpunkte der sent. a qua aus, wonach der Beweis des Beklagten sich nur als eine besondere Richtung des directen Gegenbeweises darstellte, keinem Bedenken unterliegen, so stellte sich doch bei veränderter Beweislast eine bestimmte Begrenzung des dem Beklagten obliegenden Einredebeweises als unentbehrlich dar und war daher die Beschwerde in diesem Punkt für begründet zu achten. Der Inhalt der dadurch erforderlich werdenden Abänderung ergibt sich aber bereits aus der obigen Ausführung sub II., wonach dem Beklagten der im Decisum normirte alternative Beweis aufgelegt werden mußte. Hinsichtlich der zweiten Alternative konnte es im Uebrigen ganz bei der (insoweit unangefochten gebliebenen) Fassung des Stadtgerichts belassen werden, nur daß die schon erwähnten Worte („für Heuer"), sowie am Schlusse die Worte „zur Hälfte" wegzulassen waren. Diese letzteren Worte entsprechen zwar dem Sachverhältniß, wie es sich nach der Behauptung des Beklagten im Resultat herausstellen würde, sind aber in dem Exceptionalvorbringen des Beklagten nicht mit enthalten, und sind nach der oben schon ge-

machten Bemerkung, daß darin nur eine Concession des Beklagten liegt, jedenfalls entbehrlich.

IV. Noch konnte es bei der ersten Beschwerde in Frage kommen, ob dem Kläger nicht gegen den dem Beklagten auferlegten alternativen Beweis außer dem directen Gegenbeweise, auch der Replikenbeweis vorzubehalten gewesen wäre, daß der Beklagte seine Verbindlichkeit zur Bezahlung der geforderten fl. 6000 ausdrücklich anerkannt habe.

Sententia a qua sub II. C.

Ob ein solcher Vorbehalt formell noch zulässig wäre, kann dahingestellt bleiben, da die Frage aus materiellen Gründen verneint werden mußte. Der Kläger hat in der Klage nur soviel behauptet, der Beklagte habe ihm, als Cöster seine Zahlungen eingestellt gehabt, erklärt: „die fl. 6000 muß ich Ihnen bezahlen," und hat auch in der Replik den Vorfall nicht näher specialisirt. Jene Aeußerung nun bekundet einfach nur die damalige Meinung des Beklagten, daß er dem Kläger die fl. 6000 schuldig sei; es ist weder ein ausdrückliches Zahlungsversprechen darin enthalten, noch sind sonst Umstände angegeben, welche einen Vertragsabschluß unter den Parteien zur Begründung einer neuen Obligation annehmen ließen. Eine Anerkennung aber, welche bloß in der Aeußerung der Ansicht besteht, etwas schuldig zu sein, was man in Wirklichkeit nicht schuldig ist, erzeugt keinen selbstständigen Verpflichtungsgrund und kann zwar als Beweismoment benutzt werden, bleibt aber ohne rechtliche Wirkung, sobald die Nichtschuld zur Gewißheit geworden ist. Ohne Zweifel ist auch die sent. a qua von gleicher Auffassung ausgegangen, indem sie zwar die fragliche Anerkennung als eigene Beweisalternative für den Kläger aufstellt, den speciell normirten Gegenbeweis aber dem Beklagten allgemein vorbehalten hat, ohne jene Beweisalternative davon auszunehmen.

V. Die zweite Beschwerde des Klägers, welche verlangt, es solle eventuell die Liquidität des Klaggrundes durch die Schreiben [3] und [9] in Verbindung mit dem Wechsel, als vollkommen hergestellt erachtet werden, erledigt sich von selbst, da der Klaggrund schon durch den Wechsel allein für liquid gestellt zu erachten war. Des dabei weiter eventuell beantragten Vorbehaltes wegen Benutzung der Briefe

in der Beweisführung bedurfte es, als eines selbstverständlichen, in deciso nicht.

VI. Da der ersten klägerischen Beschwerde in Ansehung der Beweislast entsprochen werden mußte, so lebten die Beschwerden, welche der Beklagte in voriger Instanz aufgestellt hat, — abgesehen von der einen völlig trennbaren Punkt bildenden Feststellung des dem Kläger eventuell herauszuzahlenden Forderungsbetrages — wieder auf. Dieselben haben aber bereits in den obigen Ausführungen ihre vollständige Prüfung gefunden, wonach sie sich, abgesehen von der Erweiterung des Einredebeweises auf 2 Alternativen, und von der in Vergleich zum Stadtgerichts-Erkenntniß veränderten Fassung der zweiten Alternative durchgängig als unbegründet darstellen.

VII. Was die Nebenpunkte betrifft, so war die dritte, gegen die Compensation der Kosten zweiter Instanz gerichtete Beschwerde des Klägers bei dem Wechsel der Erkenntnisse unbegründet, und mußten die Kosten der gegenwärtigen Instanz gleichfalls compensirt werden.

Auszüge aus den Seite 381, 382 und 384 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Ex. test. Ehringer ca. Meisinger.

Soviel nun die Frage anbetrifft, wem die Beweislast obliege, wenn der Acceptant den Betrag des von ihm eingelösten Wechsels vom Trassanten wiederfordert, ob dann der Kläger beweisen müsse, daß er ohne Deckung und ohne daß der Beklagte etwas bei ihm stehen gehabt, den Wechsel bezahlt habe, oder ob dem Beklagten zu erweisen obliege, daß der Acceptant durch die Zahlung nur ein Guthaben des Trassanten getilgt oder sonst wegen der Zahlung gedeckt, oder befriedigt worden sei? so ist diese Frage allerdings sehr zweifelhaft; es mußte jedoch, übereinstimmend mit den vorigen Richtern beider Instanzen, dem Beklagten die Beweislast auferlegt werden. Denn ein trassirter Wechsel enthält unleugbar einen Auftrag des Trassanten an den Bezogenen, für ihn, den Trassanten, eine gewisse Summe zu bezahlen. Folglich muß hier die allgemeine Regel ent-

scheiden, daß es zur Begründung einer Forderung des Mandatars an den Mandanten genüge, wenn der gegebene Auftrag und die demselben gemäß geschehene Zahlung außer Zweifel sind, und daß jener in solchem Falle nichts weiter, also auch nicht den Umstand zu erweisen brauche, daß er keine Fonds für den Beklagten in Händen gehabt habe. Will der Mandant sich alsdann von dem schuldigen Ersatze freimachen, so muß er neue Thatumstände anführen, die ihn dazu berechtigen, und eben deßhalb muß er auch diese Thatsachen, wenn sie geleugnet werden, erweisen, da es eine ausgemachte Regel ist, daß jeder Theil die neuen, selbstständigen Thatsachen, worauf er sich stützt, zu erweisen hat. Dawider kann auch nicht eingewendet werden, daß es doch eigentlich zum gewöhnlichen und regelmäßigen Gange des Wechselgeschäfts gehöre, nur dann Wechsel auf einen anderen zu ziehen, wenn dieser der Schuldner des Trassanten sei, oder Deckung für ihn in Händen habe; denn theils lehrt die Erfahrung, daß auch gar häufig auf Borg gezogen wird und sogenannte Blanco-Accepte genug vorkommen, theils führt jene Voraussetzung doch nicht dahin, die Beweislast Demjenigen, welchem sie nach richtigen Grundsätzen sonst obliegen würde, ganz abzunehmen und solche dem Gegner aufzubürden, weil sie noch keinen vollen Beweis liefern, sondern höchstens eine Vermuthung begründen würde, und deßhalb nur mit dazu benutzt werden könnte, um den schuldigen Beweis zu erbringen. In vorliegendem Falle würden überdies andere Umstände, namentlich daß hier ein Platzwechsel gezogen worden ist, sowie auch die persönlichen und gegenseitigen Verhältnisse des Trassanten und des Bezogenen, nicht einmal eine solche Vermuthung gestatten, sondern eher auf Vorschuß und Anleihe schließen lassen. — Das von einem Cassirer hergenommene Beispiel, womit der Beklagte seine Behauptung, daß dem Kläger die Beweislast obliege, unterstützen will, ist hier nicht anwendbar. Freilich wird der Cassirer, welcher für den Eigenthümer der Casse Zahlung leistet, wenn er gegen ihn eine Forderung aus dem Grunde geltend machen will, daß er die beorderte Zahlung aus eigenen Mitteln geleistet habe, solches beweisen müssen; allein dies kommt eben daher, weil er Cassirer ist, weßhalb es sich von selbst versteht, daß jeder Auftrag des Eigenthümers der Casse zur Zahlung so verstanden werden muß, daß aus dieser Casse gezahlt

werden soll. — Daß nun zwischen Ehringer und dem Beklagten ein ähnliches Verhältniß bestanden habe, ist von Letzterem nirgends gesagt worden.

So mußte denn die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche in dem Falle der Ersatzforderung des Acceptanten gegen den Trassanten wenn jener den eingelösten Wechsel in Händen hat, diesem die Beweislast auflegen, für die richtige gehalten werden;

Scherer's Rechtsfälle in Wechselsachen. Nr. 12, § 4.
Wagner's Oesterr. W.-R. Band 2, § 265, Note 6.
Bender's Hand.-R. Theil 2, Abth. I., S. 552.

wiewohl es nicht zu verkennen ist, daß Andere, welche die entgegengesetzte Meinung annehmen, manche scheinbare Gründe für sich haben.

Der Beklagte hat nun noch einige besondere Momente angeführt, weßhalb nach Frankfurter Recht oder doch wenigstens in dem vorliegenden speciellen Falle den Kläger die Beweislast treffen müsse; sie konnten aber insgesammt zu keinem anderen Resultate führen. Er beruft sich

a) auf § 32 der Frankfurter Wechselordnung, wonach der Trassant, wenn er aus dem von ihm eingelösten Wechsel gegen den Acceptanten klagen will, beweisen müsse, daß er diesem die Valuta zur Bezahlung angeschafft, oder sonsten Forderung an denselben habe. Allein, wenn man es auch als ausgemacht ansieht, daß dieser Artikel den Trassanten mit der Beweislast bebürde, so würde doch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift im Sinne des Beklagten nur dann zuläßig sein, wenn der Grund, weßhalb darin dem Trassanten der Beweis auferlegt ist, außer Zweifel wäre und dem Beklagten zu Statten käme. Nun kann man aber, bei dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung darüber im Gesetze selbst, ebenso gut dafür halten, daß dem Trassanten deßwegen der Beweis obliegen solle, weil sich ohne Beweis nicht annehmen lasse, daß der Bezogene Deckung gehabt habe, als daß der Trassant deßhalb, weil er als Kläger auftritt, den Beweis führen müsse; und nur der letztere Grund könnte allenfalls zu einer analogen Anwendung des Gesetzes auf den gegenwärtigen Fall zu Gunsten des Beklagten führen, wo hingegen der erstere gerade eine für ihn nachtheilige Entscheidung unterstützen würde.

b) Einen anderen Grund, von der Beweislast freizukommen, hat der Beklagte in der Rathsverordnung vom 4. September 1798

Beyerbach's Samml. Thl. 10, S. 1853,

finden wollen. Weil danach Derjenige, welcher aus einem präjudicirten Wechsel gegen den Trassanten klagen will, beweisen muß, daß dieser sich mit seinem, des Klägers, Schaden bereichern würde, so soll auch jetzt dem Acceptanten der Beweis obliegen, daß der Trassant nichts an ihn zu fordern gehabt, und ihn auch nicht gedeckt oder befriedigt habe. Allein hier hat Beklagter die große Verschiedenheit beider Fälle ganz übersehen. Es ist nämlich in der Verordnung davon die Rede, daß ein Versehen begangen worden, wodurch eigentlich der Wechsel seinen ganzen Werth verlieren sollte, und nur unter der Bedingung jener Beweisführung ist dem Inhaber desselben noch ein Weg eröffnet worden, von dem Wechsel Gebrauch zu machen; in unserem Falle hat aber der Acceptant gar kein Versehen begangen, also kann auch von den Folgen einer Negligenz nicht die Rede sein, und es stützt hier der Kläger sich nicht, wie dort, auf eine Bereicherung des Beklagten, sondern bloß auf den ihm ertheilten und vollzogenen Auftrag.

c) Auch aus den Worten des Wechsels: „Werth in mir selbsten, Sie stellen es auf Rechnung laut Bericht" hat der Beklagte Vertheidigungsgründe hernehmen wollen. Es sollen nämlich zunächst die Worte: „Werth in mir selbsten" sagen, daß der Wechsel auf die eigene Forderung des Trassanten gezogen, also mit dessen eigenem Gelde vom Acceptanten bezahlt worden sei. Dies ist aber offenbar irrig, da die Erwähnung der Valuta im Wechsel nur auf das Verhältniß des Trassanten zum Wechselnehmer geht, und das Verhältniß des Trassanten zum Acceptanten überall nicht berührt, solches mithin auch unmöglich näher bezeichnen kann. Die fraglichen Worte: „Werth in mir selbsten" sind vielmehr der ganz gewöhnliche Ausdruck bei Wechseln an eigene Ordre, indem bei diesen nicht früher als zur Zeit der Abgabe des Wechsels an den Wechselnehmer von einer Berichtigung der Valuta die Rede sein kann, also bis dahin der gedachte Ausdruck ganz passend ist.

Zimmerl, Beitr. z. W.-R., Abthl. 1, § 18.
Daniel's Grunds. des W.-R., S. 149, 183.

Sodann sollen die Worte: „Sie stellen es auf Rechnung laut Bericht,“ nach der Meinung des Beklagten, noch ganz besonders dahin führen, ihn entweder überhaupt oder wenigstens noch zur Zeit von der Beweisführung zu befreien. Allein auch darin ist ihm nicht beizupflichten. Es folgt nämlich aus diesen Worten keineswegs, daß der Trassant und der Acceptant in einem gegenseitigen oder fortlaufenden Rechnungsverhältniß gestanden haben, worüber erst vollständige Aufklärung gegeben werden müßte, und woraus, wenn es bestanden hätte, freilich nicht leicht ein einzelner Posten herausgehoben und für sich allein eingeklagt werden dürfte. Ueberdies ist eine laufende Rechnung zwischen ihm und dem verstorbenen Ehringer vom Beklagten selbst nicht einmal behauptet worden. — Die im Wechsel enthaltene Bezugnahme auf einen Bericht ist ebenfalls hier nicht von der Bedeutung, daß man noch erst zur Aufklärung der Sache auf dessen Beibringung erkennen könnte. Zwar würde die Bezugnahme auf einen schriftlichen Bericht allerdings zu beachten gewesen sein, weil man daraus das Verhältniß, wie es zwischen dem Trassanten und Acceptanten damals stattgefunden, und worauf der ganze Streit eigentlich hinausläuft, leicht ersehen könnte, weßhalb der Beklagte zur Edition desselben schuldig gehalten werden müßte. Allein, wenn man erwägt, daß hier ein Platzwechsel vorliegt, daß der Acceptant der Großvater der Frau des Trassanten war und daß beide Theile nicht zu den Kaufleuten gehörten, so ist es gar nicht wahrscheinlich, daß ein schriftlicher Bericht ertheilt sein sollte, und der Beklagte hat selbst nirgends gesagt, daß dies geschehen sei; welches um so gewisser dafür spricht, daß nur eine mündliche Abrede getroffen worden, je näher es dem Beklagten liegen mußte, eventualiter zum Behuf des ihm auferlegten Beweises die Edition des schriftlichen Berichtes zu fordern, wenn ein solcher wirklich existirte. — Endlich hat der Beklagte

d) auch deßhalb die Beweislast von sich ablehnen und dem Kläger zuweisen wollen, weil Ehringer selbst den Wechsel noch etwa vier Jahre in Händen gehabt hat, ohne deßhalb eine Forderung an ihn zu machen; daraus soll sich eine dringende Vermuthung ergeben, daß eine solche Forderung entweder gar nicht existirt habe, oder doch, daß sie wieder getilgt worden sei. Allein theils würde

eine solche Vermuthung noch immer keinen vollen Beweis liefern, sondern nur denselben erleichtern und unterstützen können, theils ist sie auch nicht einmal gegründet, da sich das Verfahren des Ehringer dann ebenfalls erklären ließe, wenn er noch unschlüssig gewesen wäre, ob er die Schuld einfordern oder erlassen wolle, oder wenn er an der Zahlungsfähigkeit des Beklagten gezweifelt hätte und doch diesen, seinen nahen Verwandten, nicht drücken wollte.

2) Müller ca. Chanoine. 1841.

Denn wenngleich in den meisten Fällen eine gewisse factische Wahrscheinlichkeit wohl dafür obwaltet, daß die Veranlassung zur Ziehung eines Wechsels oder einer Anweisung gerade in einer Forderung des Trassanten gegen den Trassaten bestanden habe, so darf doch deßhalb allein noch keine gänzliche Umkehrung der Beweislast, wie diese nach unserem gemeinen Rechte regelmäßig stattfindet, eintreten; was denn auch in Deutschland ein fast allgemein angenommener Grundsatz ist.

Vergl. Jurist. Abhandl. Th. II., S. 27., Note 45.

In eben diesem Sinne hat denn das Ober-Appellationsgericht sich auch bereits in einem früheren Falle zum Urtheil vom 31. December 1830 in der Frankfurter Sache des Dr. Meisinger gegen Ehringer's Exec. test. ausgesprochen. Es hat mithin nur dem Beklagten der ordentliche Beweis jener Einrede nachgelassen werden können, wobei denn zugleich sein Vorgeben, daß dieser Beweis schon in den producirten Tratten selbst durch die Worte: „Valeur en mains" geliefert werde, offenbar verwerflich ist. Denn diese und ähnliche Worte in Wechseln oder Anweisungen betreffen überall nur das Verhältniß des Ausstellers zum Wechselinhaber, nicht aber zum Trassaten.

3) Kaltschmidt ca. Schalk. 1837.

Die in den beiden vorigen Instanzen erfolgte gänzliche Abweichung des Klägers mit der von ihm angestellten Wechselklage ist darauf gestützt, daß der Trassant gegen den Acceptanten im Wechsel-

prozesse nicht klagen könne. Käme es nur lediglich hierauf an, so würden sich für die Bestätigung der vorigen Urtheile sehr erhebliche Gründe anführen lassen. So viel nämlich auch dafür spricht, daß im Allgemeinen, sowohl nach der Theorie, als nach den praktischen Ansichten dem Trassanten, von dem der acceptirte, unter Protest auf ihn zurückgekommene Wechsel eingelöst worden ist, die Wechselklage gegen den Acceptanten nicht versagt werden sollte;

Jurist. Abhandl. Bd. 2, Nr. 1.

Sieveking's Materialien zum Wechselrecht 1792, § 281.

so dürfte doch nach dem besonderen Frankfurter Rechte das Gegentheil anzunehmen sein. Denn obwohl § 32 der dortigen Wechselordnung, wonach dem Trahenten, der den Wechselbrief an sich gelöset hat, verstattet ist, den Acceptanten rechtlicher Ordnung nach anzusprechen und zu belangen, wegen der Zweideutigkeit der Worte „rechtlicher Ordnung nach" die Frage nicht deutlich entscheidet, so scheint doch die neuere Frankfurter Praxis sich für die Auslegung entschieden zu haben, daß der Trassant, welcher den acceptirten und auf ihn zurückgekommenen Wechsel eingelöset hat, seinen Regreß gegen den Acceptanten nur im ordentlichen Prozesse nehmen könne; wie sich dies, außer den bei

Bender im Lehrb. des Frankf. Privatr. § 86, Note 5, S. 206

angeführten Fällen, besonders auch aus dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts vom 6. December 1826 in der an das Ober-Appellationsgericht gelangten Sache Bode & Comp. ca. Kümerer ergibt.

In dem vorliegenden Falle ist nun aber der Kläger, wie derselbe schon in zweiter Instanz sehr richtig bemerkt hat, nicht bloß als der Trassant, sondern zugleich als der Wechselnehmer oder Remittent zu betrachten, weil der Wechsel an seine eigene Ordre gestellt ist; mithin liegt hier ein Fall vor, auf den § 32 der Wechselordnung keineswegs unbedingt angewendet werden kann, indem die Verbindung der beiden in der Person des Klägers vereinigten Qualitäten, als Trassant und Remittent, nicht dahin führt, daß er eine von beiden Qualitäten ganz einbüßen müsse. Auch hat der Beklagte, als er den an die eigene Ordre des Trassanten gestellten Wechsel

annahm, gewußt, daß derselbe zugleich die Eigenschaft des Remittenten habe. Da nun der Remittent ganz unzweifelhaft zur Wechselklage gegen den Acceptanten berechtigt ist, so kann auch dem Trassanten, der zugleich Remittent ist, diese Klage nicht abgesprochen werden. Und es ist vom Beklagten, indem er sich jene Wechselform gefallen ließ, zugleich factisch anerkannt worden, daß er sich ebenso wenig weigern könne, auf Anfordern des Trassanten oder eines Bevollmächtigten desselben, den Wechselbetrag zu zahlen, als wenn der Wechsel an die Ordre eines Dritten gestellt worden wäre und dieser die Zahlung forderte.

S. d. Jurist. Abhandlung. a. a. O. § 16 und 17 und die daselbst citirten Schriftsteller.

Treitschke, Encyclopädie des W.-R. v. Tratte § 5.

4) Schäfer ca. Brofft.

Der Wechsel, dessen Aechtheit feststeht, da der Beklagte seine Unterschrift sowohl unter dem Wechsel selbst, als unter dem Indossament anerkannt hat, enthält für sich allein betrachtet nicht den mindesten Beweisgrund für ein vom Kläger dem Beklagten gegebenes Darlehen. Die in dem Wechsel selbst befindlichen Worte: „den Werth habe baar und richtig empfangen," haben in Beziehung auf den Kläger rechtlich gar keine Bedeutung, sondern können, gleich dem üblicheren Ausdrucke „Werth in mir selbst," nur geschrieben sein, um einer nach der Wechselordnung zwar überflüssigen, aber doch sehr gewöhnlichen Form der Abfassung von Tratten zu entsprechen. Selbst wenn, wie der Kläger behauptet, der Beklagte aber läugnet, die Ausstellung des Wechsels gleich Anfangs mit der Bestimmung für den Kläger als Wechselgläubiger erfolgt und das Indossament sofort mit der Unterschrift verbunden worden wäre, so würde in jenen Worten, da sie in der Wechselurkunde selbst standen und diese an sich ein vom Indossament getrenntes Geschäft darstellt, doch kein Bekenntniß einer vom Kläger empfangenen Geldleistung gefunden werden können. Nun enthält allerdings das auf den Kläger lautende Indossament ebenfalls die Worte: „Werth baar erhalten." Aber auch hierauf läßt sich der Beweis des Klägers nicht gründen.

Zunächst behauptet der Beklagte, daß er den Wechsel in blanco girirt habe. Bei der ersichtlichen Verschiedenheit der Handschriften ist dies recht wohl möglich und es ist wenigstens nicht erwiesen, daß der Inhalt des Indossaments von dem Beklagten selbst geschrieben worden oder bereits vor seiner Unterzeichnung ausgefüllt gewesen sei. Es fehlt daher der Beweis, daß der Beklagte durch seine Unterschrift das in den angegebenen Worten enthaltene Bekenntniß abgelegt habe, da die sonst aus der Unterschrift unter einer Urkunde hervorgehende Präsumtion der Einwilligung in ihren Inhalt bei der gesetzlichen Zulässigkeit von Blanco-Indossamenten hier nicht eintritt. Nach § 13 der allgemeinen deutschen Wechselordnung ist zwar jeder Inhaber eines Wechsels befugt, die auf demselben befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen. Es würde sich jedoch nicht nur von selbst verstehen, daß eine solche Ausfüllung sich nicht über das hinaus erstrecken darf, was in dem Wesen des Indossamentes liegt, sondern es ist auch bei Abfassung der Wechselordnung anerkannt worden, daß in keinem Falle etwas anderes, als der Name des Indossatars, sowie Ort und Zeit der Indossirung eingerückt werden dürfe. Prot. der Wechselconfer. S. 24 (Folio-Ausg. S. 26).

Es ist daher klar, daß das Bekenntniß des Empfangs der Valuta von dem Inhaber des Wechsels mit rechtlicher Wirkung nicht eingerückt werden kann, daß es daher auch in einem Indossament keine Beweiskraft hat, so lange nicht constatirt ist, daß es von dem Indossanten selbst herrührt oder vor dessen Unterzeichnung aufgeschrieben war.

Wäre aber auch Letzteres hier wirklich außer Zweifel, so würde doch das Bekenntniß immer nichts weiter darthun, als daß der Beklagte für die Begebung des Wechsels seine volle Befriedigung erhalten habe, aber weder, daß das zu Grunde liegende Verhältniß gerade in einem Darlehen bestanden habe, noch daß die Zahlung vom Kläger geleistet worden sei. Wenn nämlich die Urkunde auch jetzt nicht mehr als Wechsel wirksam ist, so muß doch bei Beurtheilung der Beweiskraft des fraglichen Bekenntnisses immer in Betracht kommen, daß sie bei ihrer Anfertigung die Bestimmung hatte, als Wechsel zu dienen. Ist nun die Ansicht älterer Juristen, Struben, Rechtl. Bed. V., 107 (ed. Spangenberg II., 378), daß

bei einem einfachen schriftlichen Bekenntniß über den Empfang einer Geldsumme die Vermuthung für ein Darlehen spreche, schon im Allgemeinen nicht zu billigen, so ist sie hinsichtlich des Bekenntnisses, die Valuta empfangen zu haben, bei Ausstellung und Indossirung von Wechseln noch entschiedener zu verwerfen. Selbst wenn man auf das Wort „baar" in einem solchen Bekenntniß besonderen Werth legen dürfte, kann doch auch die in baarem Gelde bestehende Valuta aus so mannigfachen Rechtsgründen herrühren, daß es an jedem Anhalt fehlt, gerade auf ein Darlehen zu schließen. Ebenso wenig folgt aus dem Bekenntniß, daß die Valuta gerade von dem Remittenten oder Indossatar gezahlt worden sei, da der Wechselschluß ebenso wohl zwischen dem Wechselgeber und einem Dritten eingegangen worden sein kann. Thöl, Handelsrecht I. § 176 u. 177.

242.

Gail'sche Wollenspinnerei in Gießen, Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin gegen **M. St. Goar,** Beklagten, Widerkläger, Appellant, Forderung und Gegenforderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. December 1860.

I. Die erste, über Verwerfung der Retentionseinrede erhobene Beschwerde stellt sich als unbegründet dar. Soweit diese Einrede

A. aus dem Gesetze hergeleitet wird und

1) den eingeklagten Kaufpreis für die in der Rechnung [2] der Stadtgerichts-Acten verzeichneten Waarensendungen vom 18. und 27. Juli, 3. und 5. August und 3. September 1857, sowie die unter Nr. 5, 6 und 8 jener Rechnung vorkommenden Auslagen für Fracht auf Retourkisten zum Gegenstande hat, dürfte dieselbe

a) schon wegen mangelnder Connexität der beiderseitigen Ansprüche keine Berücksichtigung finden. Daß diese gemeinrechtliche Bedingung eines jeden Retentionsrechtes — abgesehen von der singularen Bestimmung in Art. 54 der Wechselordnung von 1739 — auch in Frankfurt Anwendung erleidet, hat das Ober-Appellationsgericht schon früher ausgeführt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil v. 30. Novbr. 1841 i. S. Jäger ca. Zimmermann.*)

Der gedachte Artikel der Wechselordnung aber bezieht sich nur auf fremde Effecten und Gelder, die Jemand in Händen hat, nicht auf schuldige Leistungen aus dem eigenen Vermögen, dergleichen hier in Frage stehen, und bleibt deßhalb an dieser Stelle außer Betracht.

---

*) Siehe S. 411.

Eine wahre Connexität wäre es, wenn die Retention der fraglichen Kaufgelder und Auslagen den Zweck hätte, die Leistung oder gehörige Leistung gerade derjenigen Waaren zu sichern, für welche sie den Preis bilden, resp. aufgewendet worden sind. Diese Waaren sind aber bereits geliefert und, soweit ersichtlich, kein Gegenstand der vom Beklagten erhobenen Reclamationen. Es frägt sich also, ob etwa, da der nächste factische Zusammenhang fehlt, eine rechtliche Connexität mit den anderweiten Leistungen aus der Uebereinkunft vom 4./5. Novbr. 1856 anzunehmen sei. Dies muß aber verneint werden.

Nach dem gedachten Vertrage sollte jede einzelne der darin stipulirten Waarenlieferungen sofort bei Empfang durch Acceptation eines über die Factura gezogenen Drei-Monats-Wechsels vergütet werden. Außerdem waren keineswegs sämmtliche Waaren sofort in feste Bestellung gegeben, sondern ein großer Theil derselben sollte nur für den Beklagten freigehalten werden, und deren Lieferung noch von einer vorgängigen Sortimentsbestimmung resp. definitiven Aufgabe abhängig sein.

Hieraus ergibt sich ganz klar, daß die einzelnen in dem Vertrage enthaltenen, theils definitiven, theils bedingten Waarenbestellungen als völlig unabhängig von einander gedacht worden sind und behandelt werden müssen. Es handelt sich hier nicht von verschiedenen Terminen einer versprochenen Gesammtlieferung, sondern vielmehr von einer Reihe einzelner, theilweise sogar noch nicht perfecter Kaufgeschäfte.

Nun behauptet Beklagter freilich, daß die Lieferungen nicht nach Maßgabe des Vertrags, sondern in anderer Beschaffenheit und Composition, als dort festgesetzt worden, erfolgt seien. Dadurch wird aber die hervorgehobene Natur des ganzen Vertragsverhältnisses nicht geändert. Der Käufer hätte vielleicht um einer solchen Unregelmäßigkeit willen, die ihm gemachten Sendungen ganz ablehnen können. Nahm er sie aber an, so erklärte er eben damit seine Zustimmung zu der fraglichen Abweichung von der ursprünglichen Stipulation und muß er sich gefallen lassen, daß seine Zahlungspflicht, wie sie im Vertrage näher festgesetzt worden, auf die wirklich übersandten und angenommenen Waaren übertragen wird.

So ist auch die Sache praktisch gehalten worden. *Beklagter* hat sämmtliche übrigen, sowohl früheren als späteren *Lieferungen*, soweit er sie angenommen, auch in der vertragsmäßig festgesetzten Weise bezahlt, und bestreitet seine Verbindlichkeit, diejenigen der libellirten Waaren, welche nicht zur Disposition gestellt worden, in gleicher Weise so zu bezahlen, an und für sich nicht, sondern glaubt nur, deren Erfüllung bis zur Erledigung seiner Gegenansprüche suspendiren zu dürfen, was aber, wie bemerkt, nur dann der Fall sein würde, wenn diese Gegenansprüche mit jenen speciellen Waarensendungen in directer Verbindung ständen.

Könnte man aber auch von dem Mangel der Connexität absehen, so würde doch

b) die Retentionseinrede jedenfalls mit den beiden vorigen Gerichten für angebrachtermaßen verwerflich erachtet werden müssen.

Als Zweck der Innehaltung des Kaufpreises für die Sendungen vom 18. und 27. Juli, 3. und 5. August 1857 (auf welchen Kaufpreis überhaupt die versuchte Rechtfertigung der Retention, soweit sie nicht die Dispositionswaaren zum Gegenstande hat, sich beschränkt) gibt Beklagter an, dieselbe habe ihm als Sicherheit dienen sollen, sowohl für seine Entschädigungsansprüche, als für richtigere und pünktlichere künftige Ausführung des Vertrags vom 4./5. November 1856. Anlangend den zuletzt genannten Zweck, so würde die Retention hier ganz die Natur einer Caution annehmen, eine solche aber, wenn sie ohne speciellen Vertrag zu Gunsten des Käufers eintreten sollte, jedenfalls das voraussetzen, daß das bisherige Benehmen des Verkäufers in Ansehung der ihm bis dahin obgelegenen Leistungen ganz klar die Unsicherheit der ihm künftig noch obliegenden bekunde. Es hätte daher die Einrede insoweit nur durch eine genaue Detaillirung und Substantiirung der einzelnen Versehen und Unregelmäßigkeiten, welche die Klägerin bis dahin sich zu Schulden kommen lassen, begründet werden können, woran es aber gänzlich fehlt.

Was sodann die Retention wegen der Entschädigungsansprüche des Beklagten betrifft, so konnte es auch hier — da die Schadensforderung nicht einen bloßen Nebenpunkt, sondern die selbstständige Grundlage des in Anspruch genommenen Retentionsrechtes bildet, — nicht genügen, daß der Beklagte im Allgemeinen behauptete, Klägerin

habe sich vertragswidrig benommen und ihm dadurch Schaden zugefügt, sondern es wäre die Schadensforderung, wegen deren Beklagter eine an sich liquide Schuld retiniren zu können glaubt, alsbald vollständig zu formiren und zu substantiiren, jedenfalls wenigstens dem Richter speciell vor Augen zu legen gewesen, einerseits worin die Vertragswidrigkeiten der Klägerin bestanden haben, und andererseits, auf welche Art und in welchem Umfange dem Beklagten dadurch ein Schaden erwachsen.

Daß das, was Beklagter zur Begründung seiner Entschädigungsansprüche in erster Instanz vorgebracht hat, diesen Anforderungen in keiner Weise genügt, bedarf nach dem, was die beiden vorigen Gerichte hierüber bemerkt haben, keiner Ausführung mehr.

Der in zweiter Instanz gemachte Versuch einer Nachholung des Versäumten aber mußte — wie dies auch geschehen — als prozessualisch unzulässig, unberücksichtigt bleiben, nachdem das erste Urtheil die Retentionseinrede gerade wegen jenes Mangels zurückgewiesen und der Beklagte hiergegen appellirt hatte.

Soweit die Retentionseinrede

2) die zur Disposition gestellten Waaren zum Gegenstande hat, entbehrt sie ebenfalls

a) der rechtlichen Begründung. Beklagter stützt sich lediglich auf Art. 54 der Wechsel- und Merkantilordnung von 1739. Dieser Gesetzesbestimmung wohnt indeß eine viel beschränktere Bedeutung bei, als ihr von Seiten der Kläger und auch des Stadtgerichts eingeräumt wird.

α. Als Gegenstand der Retention bezeichnet das Gesetz — abgesehen von in Verkaufscommission gegebenen Waaren, dergleichen vorliegend in Frage stehen — „Effecten und Gelder," welche ein Kaufmann von einem andern „rechtmäßiger Weise in Händen und Verwahrung bekommen hat." Dahin gehören aber Waaren nicht, die dem Käufer vom Verkäufer, um sie in dessen Eigenthum zu übertragen, überliefert worden, von diesem aber nicht angenommen, sondern zur Disposition gestellt sind, da der Empfänger sich nicht durch seinen einseitigen Act in die Lage setzen kann, so angesehen zu werden, als seien ihm jene Waaren von dem Anderen als dessen Effecten in Hände und Verwahrung gegeben worden.

β. Das Gesetz räumt das Retentionsrecht nicht wegen jeder Forderung ohne Unterschied ein, sondern setzt voraus, daß derjenige, welcher Effecten rc. vom anderen Theil in Händen bekommen, von diesem „mit Wechseln oder sonsten chargirt und belästigt worden,“ und bezeichnet geradezu die Forderungen, deren wegen es die Retention gestattet, als „seine (des Retinirenden) Vorschüsse.“ Danach kann die ganze Bestimmung nur auf Auslagen oder sonstige Vermögensverwendungen bezogen werden, die für den anderen Theil gemacht sind.

cf. Anmerkungen zu den Frkfrt. Wechselgesetzen S. 118 flg. sub II.

Auch an dieser Voraussetzung aber fehlt es im vorliegenden Falle.

b) Abgesehen von diesem Grunde aber steht jedenfalls auch hier der Einrede entgegen, daß die Ansprüche des Beklagten, deren wegen derselbe zu retiniren beabsichtigt, mögen sie nun auf Vertragserfüllung oder auf Schadensersatz gehen, weder ihrem Gegenstande nach ausreichend bezeichnet, noch durch specielle thatsächliche Angaben näher substantiirt worden sind.

B. Was die Begründung der Retentionseinrede durch Bezugnahme auf ein desfallsiges Uebereinkommen der Parteien betrifft, so ist es

1) nicht zu verkennen, daß die einschlagenden Behauptungen des Beklagten insoweit, als es sich um den Consens der Klägerin handelt, einigermaßen dunkel sind. Worin soll deren „Sich — fügen“ bestanden haben? Wenn bloß darin, daß sie thatsächlich auf der sofortigen Bezahlung nicht bestand und gleichwohl mit ihren Lieferungen fortfuhr, so mögte das schwerlich genügen, um ihren positiven Willen zu bekunden, daß Beklagter bis zur vollständigen Vertragserfüllung von ihrer Seite jene Zahlungen zu retiniren berechtigt sein solle. Da jedoch ausdrücklich behauptet ist, daß eine „Zwischenvereinbarung“ zu Stande gekommen und der Inhaber der klägerischen Fabrik seine „Zustimmung“ zur Retention ertheilt habe, so mußte von dem hier erhobenen Anstande abgesehen werden.

2) Die „Zwischen-Vereinbarung“ hat nach der Darstellung des Beklagten sich nur auf Suspension der Zahlung für die Sendungen vom 18. und 27. Juli, 3. und 7. (resp. 5.) August bezogen;

steht also der Forderung auf Ersatz von Retourfrachten (Nr. 5, 6 und 8), Zahlung der Sendung vom 3. Novbr. (Nr. 7) und Rückgabe der zur Disposition gestellten Waaren (Nr. 9, 10 und 11) in keinem Fall entgegen.

3) Wenn Beklagter sich auch bei Gelegenheit jener Verhandlungen „Ansprüche und Entschädigung wegen der Vergangenheit vorbehalten" haben will, so hat er doch als den der Klägerin eröffneten Zweck seiner Retention nur Sicherung eines künftigen vertragsmäßigen Verhaltens der Verkäuferin bezeichnet. Nur zu einer diesem Zwecke dienenden Retention also, kann man annehmen, daß Klägerin (nach der Behauptung der Beklagten) ihre Zustimmung gegeben habe. Damit fällt also auch die Entschädigungsforderung, soweit sie auf Vertragswidrigkeiten sich bezieht, die schon vor jener Vereinbarung vorgekommen sein sollen, aus dem Bereiche der Retentionseinrede hinweg. Dagegen erstreckte sich die Vereinbarung selbstverständlich auf denjenigen Schaden, der von ihr ab durch Vertragswidrigkeit der Klägerin dem Beklagten etwa entstehen sollte, da dieser Schaden nur ein accessorium zu oder ein Aequivalent an Stelle der Vertragserfüllung in natura bildet.

4) Soweit die Retention auf Grund des Vertrags zu dem Zwecke geltend gemacht wird, um die Klägerin zur Lieferung der noch rückständigen Waaren zu nöthigen, konnte allerdings von dem Erfordernisse einer sofortigen genauen Angabe der Rückstände Umgang genommen werden. Wenn Klägerin eingewilligt hat, daß die Zahlung der fraglichen Sendungen bis zur vollständigen Vertragserfüllung von ihrer Seite suspendirt bleibe, so genügt es um deren Zurückbehaltung zu rechtfertigen, daß der Vertrag überhaupt bisher nicht vollständig erfüllt worden, und daß dies der Fall, ist unbestritten.

Es hängt also Alles davon ab, ob mit den beiden vorigen Gerichten anzunehmen ist, daß Beklagter durch die Briefe vom 5. und 25. Novbr. und 2. Decbr. 1857 die Klägerin von der Vertragserfüllung in natura, soweit sie nicht bereits stattgefunden, liberirt habe. Dies liegt aber allerdings jedenfalls wenigstens in dem Briefe vom 2. Decbr. Bis dahin hatte Beklagter noch unterschieden einige der gemachten Bestellungen als pressant bezeichnet, andere suspendirt. Jetzt schrieb er aber ganz allgemein:

„Sie wollen mir keine weiteren Sendungen machen, bis ich sage, was ich für ein Sortiment und zu welcher Zeit von Ihnen verlange," und bethätigte die Ernstlichkeit seines hier ausgesprochenen Willens dadurch, daß er mit demselben Briefe eine Quantität Waaren retournirte, außerdem aber die Sendungen vom 19., 28. und 30. Novbr. und zwar zunächst deßhalb zur Disposition stellte, weil er sich in seinen November-Briefen weitere Lieferungen vorläufig verbeten hatte. Es kann ganz dahin gestellt bleiben, ob Beklagter durch das seitherige Verhalten der Klägerin zu einem solchen Schritte berechtigt war, und diese sich denselben gefallen zu lassen brauchte. That sie es — und dies ist geschehen, indem sie die Retoursendung und Dispositionsstellung geschehen ließ und weitere Sendungen einstellte — so ist eben damit der Vertrag, insoweit er nicht bereits seine Erfüllung in natura erhalten hatte, resp. Entschädigungsansprüche daraus schon enstanden waren, außer Kraft gesetzt worden. Hieran ändert es auch Nichts, daß Beklagter in seinem Briefe vom 2. Decbr. weitere Ordres sich vorbehielt. Zunächst sieht man nicht einmal bestimmt, daß dieser Vorbehalt gerade auf die nach dem Vertrage vom 4./5. November 1856 von der Klägerin zu liefernden Waaren sich bezog. Sodann ist es zwar richtig, daß am 2. Decbr. 1857 bereits sämmtliche in [5] der Stadtgerichtsacten stipulirten Lieferungsfristen abgelaufen waren. Das ermächtigte aber den Beklagten nicht ohne Weiteres, nunmehr einseitig und noch dazu zu einer ihm beliebigen Zeit darüber verfügen zu wollen, wann und in wie weit er jene Lieferungen noch verlange oder aber davon Abstand nehme; wie er dann auch selbst der Klägerin erklärt haben will: „daß für die Lieferung der zurückgebliebenen Waaren eine neue Verständigung nöthig sei."

Klägerin brauchte sich also jenen Vorbehalt nicht gefallen zu lassen. Man kann auch nicht sagen, daß sie durch Annahme und Befolgung der Weisung, keine weiteren Sendungen zu machen, zugleich in den fraglichen Vorbehalt gewilligt habe. Beides sind vielmehr durchaus trennbare Punkte und auch vom Beklagten als solche behandelt, indem er seinen Willen, keine weiteren Sendungen anzunehmen, sofort durch Retoursendung und Dispositionsstellung praktisch bethätigte, ohne abzuwarten, ob Klägerin sich mit dem Vorbehalte einseitiger weiterer Dispositionen einverstanden erklären werde.

Es braucht, dem Allen nach, kaum noch darauf hingewiesen zu werden, wie Beklagter in einen unaufhörlichen Widerspruch mit sich selbst kommt, wenn er die Sendungen vom 19., 28. und 30. Novbr., ohne nur die Kisten zu eröffnen, zur Disposition gestellt hat und noch hält, und daneben Vertragserfüllung, die eben durch jene Sendungen bewirkt werden sollte, beansprucht.

5) Auf seine Entschädigungsansprüche wegen verspäteter und mangelhafter Ausführung der gemachten Bestellungen hat Beklagter allerdings durch die Briefe in keiner Weise verzichtet. Allein in dieser Beziehung müssen an die auf Grund des Vertrags zu erhebende Einrede, abgesehen von der Connexität, ganz dieselben Ansprüche gemacht werden, wie an die unmittelbar aus dem Gesetze hergeleitete. Es kann also die Einrede auch hier wegen mangelnder sofortiger Formirung und Substantiirung der fraglichen Entschädigungsforderung keine Berücksichtigung finden.

II. Die zweite Beschwerde ist darüber erhoben, daß Beklagter zur Verzinsung der einzelnen unter 2. B. c. aa und bb des Stadtgerichts-Erkenntnisses aufgeführten Beträge von den eben daselbst angegebenen Bezugstagen an, verurtheilt worden ist.

Anlangend nun

A. die Zinsenpflicht überhaupt und den Beginn des Zinsenlaufs insbesondere, so kann

1) der Klägerin darin nicht beigetreten werden, daß die Verurtheilung zur Zahlung der in der Klage geforderten Zinsen schon deßhalb gerechtfertigt sei, weil Beklagter über diesen Anspruch in erster Instanz sich gar nicht erklärt habe. Das in Folge Schweigens zu fingirende Eingeständniß hat immer nur Thatsachen zum Gegenstande und überhebt den Richter nicht der Prüfung, ob durch die, nunmehr als erwiesen anzunehmenden Thatsachen die darauf gestützte Intention auch wirklich begründet werde. Um darüber hinauszukommen bedürfte es einer positiven Anerkennung des betreffenden Anspruchs. Eine solche aber kann bei dem vom Beklagten gestellten Antrage auf Zurückweisung der Klage in ihrem ganzen Umfange nicht als vorliegend angenommen werden.

2) Klägerin hat ihr petitum, den Beklagten zur Zahlung von „Verzugszinsen zu 5% vom Tage des Empfangs der einzelnen

Lieferungen" zu verurtheilen, in erster Instanz nicht näher motivirt, in zweiter Instanz aber darauf hingewiesen, daß der Käufer gesetzliche Zinsen des Kaufpreises von der Zeit an zu prästiren habe, wo er in den Besitz der Sache gesetzt worden sei. Es kann nun

a) darüber kein Zweifel sein, daß der Zinsenlauf in keinem Falle früher beginnt als 3 Monate nach dem jedesmaligen Bezugstage der Waaren. Denn in der Verabredung, daß des Kaufpreises wegen Wechsel 3 Monate a dato der Factura auf den Beklagten gezogen werden sollten, liegt die Gestattung einer Zahlungsfrist, und es ist klar, daß vor deren Ablauf weder von einem Vorzuge, noch von dem Eintritt der gesetzlichen Zinspflicht des Käufers die Rede sein kann:

cf. Thöl, Handelsrecht. § 65, Note 7 a.

b) Eher ließe sich fragen, ob überhaupt andere als Prozeßzinsen zuerkannt werden konnten. Es mußte indeß diese Frage aus dem von der Klägerin in voriger Instanz hervorgehobenen Grunde bejaht werden. Der von dem Beklagten behauptete Gebrauch, wonach die gesetzliche Verzinsungspflicht des Käufers „unter Kaufleuten für den Waarenhandel" cessiren soll, reducirt sich darauf, daß eine jede ausdrückliche oder stillschweigende Fristgestattung jene Pflicht des Käufers ausschließt, und eine solche Fristgestattung da angenommen werden muß, wo Waaren „auf Rechnung" entnommen worden sind.

Seuffert, Archiv II., Nr. 283.
Thöl a. a. 5.

Ob und wie weit diese Annahme auch beim Großhandel Platz greift, kann dahin gestellt bleiben. Vorliegend ist eine Zahlungsfrist verabredet worden, und tritt mit deren Ablauf, wie das Ober-Appellationsgericht schon früher in einer der gegenwärtigen ganz annalogen Sache

Entsch.-Gr. zum Urtheil v. 31. Mai 1850 in S. Stirn ca. Kumbruch.*)

dies ausgeführt hat, die legale Zinsungspflicht des Käufers von selbst ein.

---

*) Siehe Seite 415.

B. Das Stadtgerichts-Erkenntniß bedarf noch in einem andern Punkte der Berichtigung. In demselben ist nämlich die vom Beklagten herauszuzahlende Summe auf fl. 2413. 8 kr. resp. fl. 187. 32 kr. (zus. fl. 2600. 40 kr.) bestimmt.

Die Summe der einzelnen Beträge, von welchen Zinsen bezahlt werden sollen, beläuft sich dagegen auf fl. 2639. 48 kr. + fl. 187. 32 kr. (zus. fl. 2827. 20 kr.), also circa fl. 200 mehr. Dies hat darin seinen Grund, daß die Posten 12 bis 15, welche nach [2] der Stadtgerichtsacten von der klägerischen Forderung abgehen, nur bei Berechnung der herauszuzahlenden Hauptsumme, nicht auch bei Feststellung der Beträge, von welchen Zinsen zu bezahlen, in Berücksichtigung gezogen worden sind. Die Berechnung der Schuld des Beklagten muß aber in der Art geschehen, daß die Posten Nr. 12 bis 15 zunächst auf die bis zum Datum eines jeden derselben aufgelaufenen Zinsen, dann auf das Kapital in Abzug gebracht, und weitere Zinsen nur von dem jedesmaligen Kapitalrest berechnet werden. Es konnte daher bei der stadtgerichtlichen Feststellung der herauszuzahlenden, resp. zu verzinsenden Summen nicht belassen werden. Vielmehr hat Klägerin zunächst noch eine dem hervorgehobenen Prinzip gemäß, aufgestellte Staffelrechnung zu den Acten zu bringen, auf deren Grund dann die definitive Feststellung der bereits liquiden Schuld des Beklagten vorzunehmen sein wird.

III. Die dritte Beschwerde hat die Abweisung der, mit der Retentionseinrede auf gleichem Fundamente beruhenden Widerklage zum Gegenstande, und bedarf es darüber — nach dem zu Grav. I. Ausgeführten — nur noch folgender Bemerkungen.

A. Das Verlangen einer von der Widerbeklagten aufzustellenden Abrechnung über die bisher gelieferten resp. nicht gelieferten Waaren, entbehrt, wie bereits von den vorigen Gerichten hervorgehoben worden ist, einer jeden rechtlichen Grundlage.

B. Der Antrag, die Widerbeklagte zur Nachlieferung der rückständigen Waaren gegen ermäßigte Preise zu verurtheilen, ist

1) rechtlich unzulässig, weil die Parteien von dem Vertrage, soweit er nicht bereits erfüllt, resp. Entschädigungsansprüche daraus erwachsen mutuo consensu zurückgetreten sind (cf. oben sub I. B. 4);

2) unbegründet, weil nicht wohl abzusehen, weßhalb Beklagter

neben der Entschädigung für unterbliebene, verspätete und vertragswidrige Lieferung, auch noch Herabsetzung der Preise beanspruchen kann;

3) unsubstantiirt, weil es

a) soviel die Erfüllung des Vertrags in [5] der Stadtgerichts-Acten anlangt, Sache des Widerklägers gewesen wäre, speciell anzugeben, worin die Rückstände bestehen, und was solchergestalt den Gegenstand seiner Forderung bildet;

b) soviel die geforderte Nachlieferung der in [6] der Stadtgerichtsacten verzeichneten Waaren anlangt, es an der näheren Darlegung der Verträge, aus denen diese Rückstände herrühren sollen, fehlt.

C. Der Anspruch auf Schadensersatz endlich ist zwar rechtlich zulässig, er entbehrt aber gänzlich der Präcisirung und Substantiirung, welche bei einer Klage auf Schadensersatz schon im ersten Verfahren zu liefern ist (cf. oben sub I. A. f. b).

IV. Die vierte und fünfte blos consecutive Beschwerden finden im Ganzen durch die bisherigen Ausführungen ihre Erledigung. Nur hinsichtlich des Kostenpunktes ist noch Folgendes hervorzuheben:

1) Die Kosten erster Instanz sind vom Stadtgerichte dem Beklagten für den Fall zur Last gelegt, daß er den ihm nachgelassenen Beweis seiner Zahlungseinrede nicht liefert, während für den entgegengesetzten Fall anderweite Verfügung vorbehalten ist. Hierbei war es zu belassen. Denn die dermalige Abänderung der stadtgerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache betrifft nur einen untergeordneten Punkt, über welchen Verhandlungen in erster Instanz gar nicht stattgefunden haben.

2) Die Kosten zweiter Instanz sind vom Appellationsgerichte dem Beklagten zur Last gelegt. Dies mußte dahin abgeändert werden, daß (abgesehen von den Versendungskosten) die Hälfte compensirt und nur die andere Hälfte dem Beklagten auferlegt wurde. Denn wenngleich die gegenwärtige Reformatoria nur auf den Zinsenpunkt sich bezieht, so haben doch gerade über diesen besondere und weitläufige Verhandlungen in voriger Instanz stattgefunden.

3) Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren dagegen wieder dem Beklagten ausschließlich zur Last zu legen, da der Umfang der

hierauf sich beziehenden Verhandlungen nur geringe und der Betrag dessen, was Beklagter durch das Urtheil des Ober-Appellationsgerichts gewinnt, verhältnißmäßig zu unbedeutend ist, um bei Vertheilung der Kostenpflicht in Betracht gezogen werden zu können.

Auszüge aus den Seite 403 und 411 angeführten Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts in Sachen:

1) Jäger ca. Zimmermann. 1841.

Nun aber ist die Einrede der Retention — bei welcher das Vorgeben eines vertragmäßigen Retentionsrechtes für jetzt nicht in Frage steht, weil die Klein den desfallsigen Beweisvorbehalt zu Gunsten des Beklagten schon in erster Instanz hat rechtskräftig werden lassen — wegen mangelnder Connexität der beiderseitigen Ansprüche zu verwerfen. Daß nämlich

1) diese Connexität allerdings zur Geltendmachung des sogenannten gesetzlichen Retentionsrechtes erforderlich sei, das ist von jeher die bei Weitem überwiegende Ansicht in der Praxis wie unter den juristischen Schriftstellern gewesen, und auch das Ober-Appellationsgericht hat sich bisher stets an diesen Grundsatz gehalten. Ueberdies ist diese Ansicht noch neuerdings in einem juristischen Werke umständlich erörtert worden,

Schenk, Das Retentionsrecht 1837, § 41 bis 45,

weßhalb es denn hier statt einer specielleren theoretischen Ausführung nur der Bemerkung bedarf, daß dieses Retentionsrecht, welches im Wesentlichen nur auf der doli exceptio generalis beruht, niemals auf einen, dem Zwecke dieser Einrede ganz zuwiderlaufenden offenbaren Mißbrauch und auf eine gänzliche Lähmung aller gerichtlichen Hülfe hinausführen darf, mithin auch dem Beklagten nicht das Recht geben kann, sich seinen rechtlichen Verbindlichkeiten durch Berufung auf alle und jede noch sonst zwischen ihm und dem Kläger bestehende Rechtsverhältnisse zu entziehen. Zudem aber ist in dem hier vorliegenden Falle nicht einmal ein Bedürfniß der Sicherheit für den Beklagten vorhanden, so lange er auch noch ein baares Kapital von fl. 2536. 22 kr. von der Klägerin Klein in Händen hat, wie noch hernach zu erwähnen sein wird.

Diese gemeinrechtlichen Grenzen des Retentionsrechtes sind denn

auch keineswegs durch das Frankfurter Particularrecht allgemein erweitert worden, indem der von dem Beklagten wiederholt allegirte

art. 54 der dortigen Wechs.=O. von 1739, in Beyerbach's Samml. Th. IV., S. 693 u. 694

schon deßhalb hier gar nicht in Betracht kommen kann, weil er sich offenbar auf einen ganz speciellen Fall bezieht und nur für Kaufleute zur Anwendung kommen darf.

2) Kumbruch ca. Stirn Söhne. 1848.

Der Kläger hat ganz allgemein gebeten, die Beklagten in die gesetzlichen Zinsen zu verurtheilen. Unter diesen Begriff fallen aber auch diejenigen Zinsen, zu denen der Käufer einer Sache durch deren Tradition deßhalb verpflichtet wird, weil er nicht rem et pretium zugleich genießen soll. Zwar konnten diese in dem gegenwärtigen Falle wegen des bewilligten Credits nicht bereits von Tradition der Waare an zu laufen beginnen. Dagegen stand am 29. November, wo die bewilligte dreimonatige Zahlungsfrist abgelaufen war, der Anwendung des obigen Grundsatzes nichts mehr entgegen, und bedurfte es dazu auch nicht noch einer besonderen Interpellation, da die Zinspflicht in diesem Falle nicht auf einer mora, sondern auf einem ganz anderen Grunde ruht. Auch haben die Beklagten ihre Verbindlichkeit, den Kaufpreis von da an zu verzinsen, selbst anerkannt, indem sie eventualiter einräumen, daß sie die fl. 1131, welche sie schlimmsten Falles überhaupt schuldig seien, mit Verzugszinsen etwa vom 29. November oder vom Verfalltage der Facturen an zu zahlen haben würden.

Daher hätte das Stadtgericht eigentlich die Zinsen von diesem Tage an für die ganze Condemnationssumme von fl. 1216 zuerkennen sollen, und da also aus diesem Grunde dessen Entscheidung sogar zu günstig für die Beklagten ist, so bedarf der Grund, aus welchem das Stadtgericht die Zinsen von jenem früheren Termine nur von fl. 1131 zuerkannt hat, weil nämlich die Beklagten durch die in der Protestirung des auf sie gezogenen Wechsels liegende Interpellation für obigen Betrag in moram ersetzt seien, keiner näheren Erörterung.

243.

H. F. Schwarz Söhne in Mainz, Kläger, Impetranten, jetzt Appellanten gegen **Valentin Stenger** in Aschaffenburg, Beklagten und Impetraten, jetzt gegen **Moritz B. Goldschmidt** zu Frankfurt, Appellaten und Adhärenten, Wechselforderung, jetzt Collision zweier Arreste betreffend.

Vorbemerkung.

Zur Sicherung des Streitgegenstandes und Begründung des Forum's wegen beiderseitiger Forderungen an Valentin Stenger hatte die Handlung M. B. Goldschmidt am 1. Mai 1860, die Handlung Schwarz Söhne zu Mainz am 7. Mai 1861 auf ein Guthaben ihres Schuldners bei F. Schwarz, hiesigem Bürger und Handelsmann, Arrest erlangt. Schwarz Söhne erwirkten bald darauf ein verurtheilendes Erkenntniß gegen Stenger, ließen am 31. Mai 1860 das erwähnte Guthaben bei F. Schwarz auch im Wege der Hülfsvollstreckung durch den Fiskal mit Beschlag belegen und verlangten, nachdem der Betrag unter Verlautbarung des darauf lastenden Goldschmidt'schen Arrestes an den Fiskal einbezahlt worden war, von Letzterem die Ausbezahlung. Diese wurde verweigert mit dem Bemerken:

> „es habe der Petent vorerst die richterliche Entscheidung über die Prioritätsrechte einzuholen."

Wegen dieses Verfahrens erhoben Schwarz Söhne am 11. Juni 1860 bei Stadtgericht I. Beschwerde wider den Fiskal und beantragten, demselben „sofort" die Aushändigung der exequirten Gelder unter Kostenersatz aufzugeben. —

Das Stadtgericht I. dekretirte hierauf die Mittheilung der Eingabe an Goldschmidt und verwies die Sache an die Gerichtscom-

mission, woselbst vordersamst die Handlung M. B. Goldschmidt zu hören sei. —

Auf Remonstration und eventuelle Appellationsanzeige ergingen:

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 13. Juni 1860.

Da es sich um ein Erkenntniß über die Frage handelt, ob der Handlung M. B. Goldschmidt ein Recht, insbesondere ein Vorzugsrecht, auf die mit Arrest bestrickten Gelder zusteht, solches Erkenntniß aber voraussetzt, daß der genannten Handlung rechtliches Gehör verstattet wurde, so hat es bei der ergangenen Verfügung sein Bewenden und wird der Appellation, als gegen eine prozeßleitende Verfügung gerichtet, der Lauf nicht gelassen.

Abschrift dieser Eingabe nebst aufgeschriebenem Dekret ist der Handlung M. B. Goldschmidt mitzutheilen, auch die ergangene Verfügung für den Beklagten an der Gerichtstafel anzuschlagen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 20. Juni 1860.

Auf Appellation des Klägers.

Die klagende Handlung H. F. Schwarz Söhne in Mainz hat auf Grund eines stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 29. Mai l. J. bei dem Fiskal am 31. Mai l. J. zum Zweck der Hülfsvollstreckung Beschlag auf die im Besitz des hiesigen Handelsmannes Felix Schwarz befindlichen Gelder des Beklagten, des Mühlenbesitzers V. Stenger in Aschaffenburg erwirkt, und, nachdem Felix Schwarz diese Gelder am 2. Juni l. J. an den Fiskal ausgeliefert hatte, in ihrer Eingabe vom 11. Juni l. J. den Antrag gestellt:

> daß das Stadtgericht sofort dem Fiskalat die Weisung zugehen lassen wolle, die exequirten Gelder an ihren Anwalt auszuhändigen.

Das Stadtgericht hat nach Inhalt seiner Verfügung vom 11. Juni l. J. diesem Antrag nicht entsprochen, denselben also abgeschlagen, und es kann somit diese Verfügung als eine lediglich prozeßleitende offenbar nicht betrachtet werden.

Aber auch die Verfügung, daß der Handelsmann M. B. Goldschmidt über den Antrag der klagenden Handlung bei der Gerichtscommission zu hören ist, stellt sich keineswegs als eine bloß prozeßleitende dar, weil dieselbe in den gegenwärtigen Rechtsstreit einen ganz neuen Gegner hineinzieht und eine Verhandlung mit demselben verordnet.

Bender, Frankfurter Civilprozeß § 88.

Die Zulässigkeit der von der klagenden Handlung ergriffenen Berufung kann hiernach mit Grund nicht bestritten werden. Die in der Hauptsache erhobene Beschwerde erscheint dagegen unbegründet.

Ausweislich der erhobenen stadtgerichtlichen Acten M. B. Goldschmidt ca. V. Stenger hat der Erstere am 1. Mai l. J. auf die in den Händen des hiesigen Handelsmannes Felix Schwarz befindlichen Gelder des V. Stenger, also auf dieselben Gelder, welche die Handlung Schwarz Söhne am 31. Mai l. J. durch den Fiskal zum Zweck der Hülfsvollstreckung mit Beschlag hatte belegen lassen, Arrest erwirkt. Von diesem Arrest hat Felix Schwarz den Fiskal, als er demselben am 2. Juni l. J. jene Gelder auslieferte, in Kenntniß gesetzt, der Fiskal hat hierauf das Begehren des Anwalts der Handlung Schwarz Söhne, ihm diese Gelder zu behändigen, vorerst zurückgewiesen, und es hat sodann die genannte Handlung dieses Sachverhältniß dem Stadtgericht in der obenerwähnten Eingabe vom 11. Juni l. J. ausführlich dargelegt, auch damit den obengedachten Antrag verbunden.

Nun steht allerdings dem Richter die Befugniß zu, dritte Interessenten von Handlungen, die in einem anderen Rechtsstreit vorgenommen werden sollen, insofern ihr Interesse dadurch berührt wird, in Kenntniß zu setzen.

Linde, Civilprozeß § 113, Note 4.

Reinhard, Civilprozeß Th. I, S. 164.

und es ist demnach Abschnitt 1 der stadtgerichtlichen Verfügung vom 11. Juni l. J., wodurch die Mittheilung der Eingabe der Handlung Schwarz Söhne von demselben Tag an M. B. Goldschmidt verordnet worden ist, vollkommen gerechtfertigt, wie denn auch die Handlung Schwarz Söhne hiergegen ihre Beschwerde nicht gerichtet, vielmehr nach Inhalt ihrer Eingabe vom 12. Juni l. J. jenen

Abschnitt der Verfügung vom 11. Juni l. J. nicht weiter beanstandet hat.

Die Handlung Schwarz Söhne hat sodann in ihrer Eingabe vom 12. Juni l. J. selbst angegeben, daß durch die obenerwähnte Mittheilung dem Handelsmann M. B. Goldschmidt Gelegenheit gegeben werden sollte, für das Recht, welches er an den am 1. Mai l. J. zu seinen Gunsten mit Arrest bestrickten Geldern des V. Stenger zu haben glaubt, in dem gegenwärtigen Rechtsstreit aufzutreten. Es ist aber hiernach klar, daß das Stadtgericht nicht die gedachte Mittheilung verordnen und gleichzeitig dem Fiskal die Weisung ertheilen konnte, sofort diese in seiner Verwahrung befindlichen Gelder an den Anwalt der Handlung Schwarz Söhne auszuliefern, indem ja der Vollzug dieser Weisung dem Handelsmann M. B. Goldschmidt die Gelegenheit, sein Recht an den fraglichen, mit Arrest belegten Geldern in dem vorliegenden Rechtsstreit geltend zu machen, geradezu entzogen haben würde.

Mit Recht hat daher das Stadtgericht dem obengedachten, in der Eingabe vom 11. Juni l. J. gestellten Antrag nicht entsprochen.

Das Stadtgericht durfte sich auch nicht darauf beschränken, lediglich die Mittheilung der Eingabe vom 11. Juni l. J. an M. B. Goldschmidt zu verfügen, weil alsdann die Frist innerhalb welcher derselbe sein Recht an den in Rede stehenden Geldern zur Geltung zu bringen hatte, vollständig in dessen Belieben gestellt worden wäre. Es hat daher das Stadtgericht in durchaus angemessener Weise, im Interesse einer schleunigen Erledigung der Sache durch Abschnitt 2 der Verfügung vom 11. Juni l. J. die alsbaldige Verhandlung über den Antrag in der Eingabe von demselben Tage angeordnet. Nur wäre es nach Lage der Sache zweckmäßig gewesen, wenn zugleich verfügt worden wäre, daß dem Antrag der Handlung Schwarz Söhne entsprochen werde, insofern nicht M. B. Goldschmidt in dem vor der Gerichtscommission vorzuberaumenden Termine dagegen gegründeten Einwand erheben würde.

Aus diesen Gründen wird die erhobene Berufung zwar für zulässig erklärt, dagegen die angefochtene Verfügung mit der Modification bestätigt:

daß der Handelsmann M. B. Goldschmidt vor die Gerichts-

commission unter dem Präjudiz zu laden sei, daß dem von der Handlung Schwarz Söhne in ihrer Eingabe vom 11. Juni l. J. gestellten Antrag entsprochen werde, insofern derselbe nicht in dem angesetzten Termine gegründeten Einwand dawider vorbringen würde.

Die Kosten dieser Instanz hat Appellantin dem Handelsmann M. B. Goldschmidt zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. Januar 1861.

Auf Appellation des Klägers und Adhäsion des M. B. Goldschmidt.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 20. Juni 1860, wie hiermit geschieht, zu bestätigen und die Kosten dieser Instanz zu compensiren seien.

Uebrigens werden sowohl die Appellanten H. F. Schwarz Söhne als auch deren Anwalt Dr. M. wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Appellation in eine bei Vermeidung der Execution innerhalb 4 Wochen auf der Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegende Strafe von je dreißig Mark Courant verurtheilt.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die gegen das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 20. Juni 1860 gerichtete Beschwerdeführung der Appellanten war für durchaus grundlos zu achten.

Das in Betracht kommende Verhältniß ist folgendes. Am 1. Mai 1860 hatte der Appellat Goldschmidt einen Arrestbefehl auf das bei Felix Schwarz in Frankfurt befindliche Guthaben des Impetraten Stenger zum Betrage von fl. 1900 ausgewirkt.

Auf dasselbe, — wie sich später ausgewiesen hat — nur fl. 1227. 30 kr. betragende Guthaben des Stenger impetrirten die Appellanten Schwarz Söhne 6 Tage später, am 7. Mai 1860, einen zweiten Arrestbefehl bis zur Summe von fl. 1400.

Der Arrestdritte Felix Schwarz erklärte, als ihm der zuletzt erwähnte Arrestbefehl insinuirt wurde, daß das Stenger'sche Guthaben schon in Sachen Goldschmidt ca. Stenger mit Arrest belegt sei.

Hiernach war es den Appellanten gleich Anfangs actenmäßig bekannt geworden, daß eine Collision des von ihnen erwirkten Arrestes mit dem von dem Appellaten Goldschmidt impetrirten bestehe.

Die Appellanten haben nun, bevor in der Goldschmidt-Stenger'schen Sache ein definitives Erkenntniß erfolgt war, eine Condemnation des Impetraten Stenger und Immission in das arrestirte Guthaben desselben erlangt.

Der Arrestdritte hat dem Gerichtsfiskal, als er demselben die mit Arrest belegten fl. 1227. 30 kr. auszahlte, nochmals die Anzeige gemacht, daß Moritz B. Goldschmidt bereits früher gegen den Impetraten Stenger Arrest ausgewirkt habe.

Wenn bei dieser Sachlage der Fiskal sich weigerte, die nicht pure, sondern mit dem Goldschmidt'schen Arreste in seinen Besitz gelangten fl. 1227. 30 kr. den Appellanten ohne Berücksichtigung des soeben gedachten Arrestes auszuzahlen, vielmehr denselben erklärte,

> „sie hätten vorerst die richterliche Entscheidung über Prioritätsrechte einzuholen,"

so war dies völlig in der Ordnung, und ist mit Recht vom Stadtgerichte, welches die Beschwerdeführung der Appellanten über das Verfahren des Fiskals zurückwies, gebilligt worden.

Wenn das Stadtgericht zugleich verfügte, der Antrag der Appellanten sei an die Gerichtscommission zu verweisen,

> „woselbst fördersamst die Handlung M. B. Goldschmidt zu hören sei,"

so lag hierin nicht nur keine Verletzung der Appellanten, sondern diese hätten sogar Ursache gehabt, in dieser Verfügung eine — übrigens durchaus angemessene — Officialhülfe zu erblicken. Denn

nach der Strenge hätte der Antrag der Kläger, ihnen die fraglichen Gelder aus dem gerichtlichen Gewahrsam ohne Weiteres auszukehren, einfach zurückgewiesen werden können. Statt so zu verfahren, eröffnete das Stadtgericht den Appellanten den Weg, welchen sie von Anfang hätten einschlagen müssen, um die Frage, wem die arrestirten Gelder ganz oder theilweise gebührten, zum Austrage zu bringen; nämlich den Mitimpetranten Goldschmidt zur gerichtlichen Verhandlung über die Erledigung der Collision vorladen zu lassen.

Wenn die Appellanten in jener Verfügung des Stadtgerichts eine — und zwar unstatthafte — Adcitation erblicken zu können vermeinen, so beruht dies auf einer durchaus unrichtigen Auffassung der Sachlage. Es besteht in Betreff des jetzt streitigen Collisionspunktes kein bereits anhängiger Prozeß der Appellanten, in welchem entweder ihnen ein neuer Gegner wider ihren Willen aufgedrängt, oder ein Dritter wider seinen Willen genöthigt werden soll, an demselben Theil zu nehmen. Vielmehr sind die Apellanten vom Stadtgericht nur darauf hingewiesen worden, jenen Streitpunkt mit derjenigen Partei auszumachen, welche in Betreff desselben ihr wirklicher und einziger Gegner ist. Dies bedarf keiner weiteren Ausführung und das Appellationsgericht hat hiernach mit Recht die appellantische Beschwerdeführung verworfen. — Wenn dies unter der Verurtheilung der Appellanten in die Kosten zweiter Instanz geschehen ist, so liegt auch hierin kein Grund für dieselben, sich für beschwert zu achten. Ihre Appellation war völlig grundlos und wenn das Appellationsgericht zu dem Stadtgerichtsbescheide den Zusatz machte, daß der Appellat unter dem Präjudize vorzuladen sei:

> „wenn er in dem anzusetzenden Termine keinen gegründeten Einwand gegen den appellantischen Antrag vorbringen sollte, so werde diesem zu entsprechen sein,"

so war dies eine Officialfürsorge für eine zweckmäßige Einrichtung und zwar Abkürzung des Verfahrens, welche übrigens in keiner Hinsicht durch eine die Rechte oder Interessen der Appellanten verletzende Verfügung des Stadtgerichts nothwendig gemacht worden war. Auch hatten die Apellanten in der Richtung dieser appellationsgerichtlichen Anordnung keine Beschwerde gestellt und es ist überdies gewiß, daß es dem Stadtgerichte zugestanden haben würde, das vom

Appellationsgerichte angeordnete oder ein ähnliches Präjudiz später selbst zu stellen.

Was

II. die appellatische Adhäsion anlangt, so war dieselbe unbedenklich für zulässig zu halten. Die Appellanten hatten das gesammte Erkenntniß des Appellationsgerichts zum Gegenstande ihrer Beschwerdeführung gemacht, und mithin stand dem Appellaten das Recht zu, seinerseits eine einzelne Bestimmung desselben auf dem Wege der Adhäsion anzugreifen. — Wenn die Appellanten die Ansicht aufstellen, der Appellat sei dadurch, daß er ursprünglich Berufung angemeldet, später aber nicht verfolgt habe, des Rechtes auf Adhäsion verlustig geworden, so ist dies unbegründet. Die Gerichtsordnung enthält keine Bestimmung, welche die Adhäsion in der angegebenen Weise beschränkte und die Praxis in Betreff des Gegentheils steht fest.

Blume, Zur Gerichtsordnung § 135 not. d.

Bender, Prozeß S. 231 ad fin.

Die Adhäsion war indessen für materiell grundlos zu achten. Für den Appellaten ist durch das von den vorigen Richtern angeordnete Vorladungspräjudiz in Betreff des später zwischen ihm und den Appellanten zu führenden Prozesses in keiner Hinsicht ein Nachtheil herbeigeführt. Denn so wenig über den Vorzug des einen oder des anderen Arrestes, oder über eine concurrirende Berechtigung der Impetranten irgend Etwas durch die Anordnung jenes Präjudizes ausgesprochen worden ist, ebensowenig ist dadurch über die Parteirolle, welche der Appellat in dem späteren Verfahren einzunehmen, ob er als Beklagter, oder als Intervenient, oder als Intervent, oder wie im judicium duplex, zugleich als klägerische und beklagte Partei zu handeln haben wird, irgend Etwas bestimmt.

Bei der Grundlosigkeit auch der Adhäsion mußten die Kosten dieser Instanz compensirt werden, und war bei der offenbaren Frivolität der Appellation in Gemäßheit des § 106 der Gerichtsordnung gegen die Appellanten sowohl, wie gegen deren Anwalt, Dr. M., so wie im Urtheile geschehen, mit Geldstrafe einzuschreiten.

244.

Reinhold Baist, Kläger, Impetrant, Appellant gegen **Moritz Simon,** Beklagten, Impetraten, Appellaten, Lieferung von Heu und Sprit, jetzt Zulässigkeit des Arrestes betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Januar 1861.

1) Da der Art. 51 der provisorischen Prozeßordnung unter den Erfordernissen zu Personal- und Real-Arrestgesuchen der Bürger und Angesessenen zu Frankfurt ausdrücklich hervorhebt, es müsse sogleich bescheinigt werden, daß die Forderung gegründet sei, und außerdem nochmals bemerkt, wenn Impetrant diese Bescheinigung nicht sogleich beibringen könne, so dürfe kein Arrest erkannt werden, so kann, wie bereits von dem Ober-Appellationsgericht am 19. März 1853 in Sachen Dänzer wider Somborn*) ausführlich entwickelt worden ist, bei der Beurtheilung der Frage, ob diesen Vorschriften entsprochen sei, auf Nachbescheinigungen in gegenwärtiger Instanz überall nicht Rücksicht genommen werden. Die Bescheinigungen und Gegenbescheinigungen der Partcien in jetziger Instanz beruhen daher auf sich.

2) Eines Eingehens auf die Grundsätze des gemeinen Rechtes über die Frage, ob im Fall einer Arrestnachsuchung neben der Forderung an sich auch deren Uebergang auf die derzeit streitenden Theile bescheinigt werden müsse, bedurfte es beim Vorhandensein eines klaren Partikularrechtes nicht. Der Art. 51 der provis. Proz.-Ord. redet von den Voraussetzungen des Arrestes zur Begründung des Gerichtsstandes oder Sicherung des Streitgegenstandes, und gibt desfalls jedem Bürger ꝛc. die Befugniß, gegen „seinen" in Frankfurt

---

*) Siehe S. 427.

befindlichen fremden Schuldner oder dessen daselbst befindliche Effecten Personal- oder Real-Arrest nachzusuchen, falls er in Betreff der Forderung die oberwähnte Bescheinigung beizubringen vermag. Wer nun in eine fremde Forderung eingetreten zu sein behauptet, kann offenbar den Schuldner nicht anders als den seinigen bezeichnen, als wenn er jenen Eintritt bescheinigt. Ueberhaupt läßt sich gar nicht absehen, mit welchem Rechte in Ansehung der Bescheinigung einer Forderung ein Unterschied gemacht werden könnte zwischen den einzelnen Momenten, aus deren Vereinigung sich ergibt, daß der Kläger der Gläubiger und der Beklagte der Schuldner sei. Auch wäre die entgegengesetzte Ansicht äußerst bedenklich, da gerade die Cession es sein kann, welche eine wesentliche Bedingung des Arrestes bildet, z. B. bei Forderungen von Fremden an Fremde, welche der Gläubiger auf einen Frankfurter Bürger übertragen hat. Unmöglich kann also hier der Besitz des Schuldscheins allein genügen und Art. 81 der provis. Proz.-Ordn. ist reine Singularität für Wechsel.

vgl. auch Bender, Handb. des Civ. Proz. S. 175 Not. 1. z. A.

3) Fragt man nun, ob darüber, daß der Schlußzettel auf den jetzigen Kläger übertragen worden sei, bei Nachsuchung des Arrestes eine gehörige Bescheinigung vorgelegen habe, so zerfällt diese Frage in zwei Theile. Der erste ist, ob Credit sei, und dieser liegt bescheinigt vor. Der zweite, ob eine Person cedirt habe, welche cediren durfte. In dieser Beziehung steht fest, daß ein A. L. B. Altvater per procura Paul Altvater & Comp. die Cession vom 14. Juli 1859 vollzogen, und daß der Notar Müller den Adelbert Ludwig Benedict Altvater als den Procuraträger von Paul Altvater bezeichnet hat. Der Kläger irrt nun, wenn er vermeint, diese Bezeichnung sei um deßwillen ausreichend, weil angenommen werden müsse, der Notar, welcher nur über Dinge, die er mit seinen Sinnen wahrgenommen, zu instrumentiren berechtigt sei, habe dadurch, daß er die Bezeichnung „Procuraträger" gebraucht, zu erkennen gegeben, es seien ihm die Documente vorgelegt, aus denen sich die Richtigkeit einer solchen Bezeichnung ergebe. Denn die Ueberzeugung, daß A. L. B. Altvater Procuraträger von Paul Altvater & Comp. sei, konnte der Notar auf sehr verschiedene Art erlangen. Ob die Art, wie er zu dieser Ueberzeugung

gelangte, eine gründende sei, kann verschiedenen Auffassungen unterliegen. Wenn er also die Quelle seiner Wahrnehmung gar nicht nennt, so entzieht er dieselbe hiedurch der richterlichen Beurtheilung, was um so unzulässiger ist, als er möglicherweise ohne alle genügende Quelle sich so ausgedrückt hat, wie geschehen ist. Das Notariatsdocument hat also nach dieser Richtung hin nur einen untergeordneten Werth, und zwar um so mehr, als es offensichtlich an Uebereilung leidet, da die Beglaubigung sich auf Paul Altvater bezieht, die Unterschrift auf Paul Altvater & Comp. lautet und kein Wort davon gesagt ist, daß Paul Altvater der einzige Inhaber der Firma Paul Altvater & Comp. sei.

4) Wollte man jedoch auch jener Unterschrift und der notariellen Beglaubigung den Werth einer ausreichenden Bescheinigung beilegen, so würde dieselbe gleichwohl durch das fernere Vorbringen in erster Instanz beseitigt.

Anlangend zunächst:

a) dessen Zulässigkeit, so muß zwar den Worten des Art. 51 nach die Bescheinigung der Forderung mit dem Arrestgesuch verbunden sein. Gleichwohl hat die Praxis mit gutem Grunde bis zur Entscheidung des Stadtgerichts über dessen Bestätigung einen Nachtrag zur Bescheinigung für zulässig erklärt.

Frankf. Präjud. Lorum ca. Schneider. 9. Sept. 1833, p. 8. 9.*)

Frankf. Präjud. Dänzer ca. Somborn. 19. März 1853. p. 5.

b) Dagegen enthält Anl. 3. [27] materiell nicht bloß keine ausreichende Bescheinigung für die in Rede stehende Procura, sondern beseitigt sogar das etwaige Gewicht des obgedachten Notariatsdocuments. Zwar konnte:

α. der Umstand, daß das Document von Cessionen nichts sagt, eine Cession aber hier in Frage sei, nicht gegen dasselbe geltend gemacht werden, da die Vollmacht Geschäfte benennt, welche Grund von Cessionen sein können, und das Giriren von Wechseln erwähnt. Ebenso wenig kommt

---

*) Siehe S. 429.

β. darauf etwas an, ob die Vollmacht eine Handelsprocura genannt werden kann, da sie nicht auf die in der Handelswelt übliche Weise bekannt gemacht sei. Ist sie nämlich nur eine ausreichende Vollmacht, so wird dadurch die Berechtigung zur Vollziehung der Cession ausreichend documentirt, und auf die öffentliche Bekanntmachung kommt für den vorliegenden Fall nichts an. Wohl aber steht der Vollmacht

γ. schon der Umstand entgegen, daß sie von Paul August Wilhelm Altvater vollzogen ist, und Nichts darüber vorliegt, daß dieser der alleinige Inhaber der Firma Paul Altvater & Comp. sei, als deren Procurist A. L. W. Altvater die Cession vollzogen hat. Dazu kommt endlich

δ. der Umstand, daß sich die Vollmacht nur auf die in der Essigfabrik und Branntweinbrennerei des Ausstellers vorkommenden Geschäfte bezieht, zu diesen aber der Abschluß eines Lieferungsgeschäftes der vorliegenden Art, seinem hauptsächlichen Gegenstande nach, nicht gerechnet werden darf.

Da nun Anl. 3 als das Document bezeichnet ist, auf welches sich die Befugnisse des Ausstellers der fraglichen Cession gründen sollen, so mußte nach dessen Einsicht angenommen werden, daß hiedurch nicht bloß die Befugniß des Ausstellers nicht bescheinigt, sondern sogar deren Nichtvorhandensein documentirt sei.

Auszug aus den Seite 424 und 426 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Dänzer ca. Somborn. 1853.

In der vorliegenden Sache, in welcher durch den Arrest die Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte erst begründet worden, also Art. 51 der provis. Proz.-Ordn. zur Anwendung kommen soll, waren, soviel die formelle Zulässigkeit der verschiedenen Urkunden betrifft,

1) sämmtliche Bescheinigungen, die von beiden Seiten erst in jetziger Instanz beigebracht worden, gar nicht zu berücksichtigen.

Insofern dieselben nämlich vom Kläger vorgelegt worden sind, um dadurch sein Arrestgesuch besser zu begründen und die Mangel-

haftigkeit seiner früheren Bescheinigung zu ergänzen, steht demselben die allgemeine Bestimmung des § 130 der Ob.=App.=Ger.=Ordn. entgegen, wonach nur neu entstandene oder doch neu aufgefundene Beweismittel beim Ober=Appellationsgerichte zulässig sind, indem darüber, daß solche Bescheinigung eigentlich schon in erster Instanz hätte beigebracht werden müssen, der angeführte Art. 51 keinen Zweifel läßt, in welchem ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß in solchen Fällen, wo, wie hier, der Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes dienen soll, sogleich vom Impetranten bei Nachsuchung desselben bescheinigt werden müsse, daß die Forderung gegründet und fällig sei.

Es können diese Documente, bei dem ausdrücklichen Widerspruch des Beklagten in seiner Vernehmlassung dieser Instanz, aber auch ebenso wenig aus dem Gesichtspunkt für zulässig gehalten werden, daß sie als Gegenbeweismittel gegen den in erster Instanz vorgelegten Seligmann'schen Conto=Corrent anzusehen und als solche vom Kläger beigebracht seien, da dieser sie denn doch immer in zweiter Instanz zu produciren gehabt hätte und sich darüber, warum er dies nicht gethan, in keiner Weise gerechtfertigt, ja nicht einmal darauf, daß ihm solches wegen Kürze der Zeit unmöglich gewesen, berufen hat. Hieraus ergibt sich aber von selbst, daß auch auf diejenigen Ausführungen des Beklagten keine Rücksicht genommen werden kann, in denen derselbe sich auf diese klägerischerseits beigebrachten Documente berufen und auf dieselben als für ihn sprechende Gegenbeweismittel bezogen hat, sowie daß auch die beklagtischen producta in dieser Instanz, die nur zur Widerlegung der klägerischen dienen sollen, eben deßhalb, weil diese letzteren als ganz wegfällig zu behandeln sind, keine Berücksichtigung finden dürfen.

Dagegen konnte es

2) kein Bedenken haben

a) den vom Kläger mit seiner Nachklage beigebrachten Brief des Beklagten als formell zulässig zu behandeln, da derselbe, wenn auch erst nach von der Stadtgerichtscommission provisorisch verfügtem Arreste, doch vor der Seitens des Plenums des Stadtgerichts erkannten Bestätigung desselben producirt worden war, indem in diesem Zwischenstadium eine Ergänzung der vom Impetranten zur Begründung seines Arrestes beizubringenden Bescheinigung noch zulässig ist,

wie dies das Ober=Appellationsgericht auch schon früher in Sachen Lorum ca. Schneider im Jahre 1833 anerkannt hat.

Dasselbe gilt

b) von dem beklagterseits beigebrachten Seligmann'schen Conto=Corrent, indem es natürlich dem Beklagten nicht entgegenstehen kann, daß er denselben mit einer selbstständigen auf Aufhebung des verfügten Arrests gerichteten Eingabe dem Stadtgericht vorgelegt hat, ohne daß dieses ihm die Auflage schon gemacht gehabt hätte, auf die Arrest=klage zu excipiren, da ein solcher, um die gerichtsseitige Bestätigung eines schon in Ausführung gebrachten Arrestes abzuwenden, vom Impetraten vorgenommener Schritt unbedenklich für zulässig zu achten ist.

2) Lorum ca. Schneider. 1833.

Wenngleich die Prozeßordnung in den Artikeln 41 und 48 die Bestimmungen enthält, daß bei einem Arrestgesuche der Grund der Forderung „sogleich" zu bescheinigen, und daß um die Bestätigung eines provisorischen Arrestes „unter Bezug auf die bereits producirten Originalurkunden" anzurufen sei, so läßt sich doch diesen Bestimmungen nicht der ungewöhnlich strenge Sinn unterlegen, als solle es verboten sein, einen provisorischen Arrest bei dem Antrage auf dessen Bestätigung durch hinzugefügte fernere Bescheinigungen aufrecht zu erhalten: vielmehr hat die Erstere nur den Zweck, bloße Vorbehalte von künftig erst beizubringenden Bescheinigungen bei Arrestgesuchen für unstatthaft zu erklären, die Letzere aber setzt den, der gesetzlichen Vorschrift gemäßen, Fall voraus, daß der provisorische Arrest nicht ohne eine genügende Bescheinigung erkannt worden, mithin eine solche schon vorhanden und die bloße Bezugnahme darauf, ohne Hinzufügung von neuen Bescheinigungen, genügend sei. Auch die Frankfurter Gerichte haben, nach Inhalt der Entscheidungsgründe zu den vorliegenden Erkenntnissen, die formelle Zulässigkeit jener nachgebrachten Bescheinigungen nicht in Zweifel gezogen und ebenso wenig hat der Impetrat selbst solche bestritten, vielmehr sich auf die Materialien der gedachten Nachträge eingelassen, und es namentlich in seinem jetzigen Appellationslibelle anerkannt, daß dieselben mit zu berücksichtigen seien.

245.

Johannette Grünebaum, geb. Strauß zu Landau, Klägerin und Appellatin gegen **Salomon Strauß** zu Frankfurt, Beklagten und Appellanten, Forderung aus einer Erbtheilung und Gegenforderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. Februar 1861.

I. Der Beklagte hat einer durchaus liquiden Forderung der Klägerin aus einem Erbtheilungsvertrage über den Nachlaß des verstorbenen Moritz Strauß, die Einrede der Compensation aus dem Grunde opponiren zu können geglaubt, weil der Ehemann der Klägerin gewisse angebliche Bedingungen eines mit ihm geschlossenen Abkommens nicht erfüllt habe, und daher Beklagter berechtigt sei, das dem Ehemanne in Folge jenes Abkommens Gezahlte wieder zurückzufordern; und die jetzt abzugebende Entscheidung betrifft einzig und allein die Frage, ob die behauptete Nichterfüllung der angeblichen Bedingungen die Einrede des Beklagten zu begründen vermöge.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß die mittelst des nach Ablauf der Appellations-Nothfrist hieselbst eingereichten Nachtrags zum Appellationslibelle beigebrachten Actenstücke für den vorliegenden Prozeß von der allerhöchsten Irrelevanz sind, da dieselben einen ganz anderen Prozeß betreffen und nur den Beweis liefern sollen, daß der Ehemann der Klägerin geneigt sei, in Erbschaftsverhältnissen mit nahen Verwandten grundlose Contestationen zu erheben: ein Beweis, den übrigens die fraglichen Actenstücke auch keineswegs erbringen.

Die zum Behufe der Zulassung dieser Actenstücke vom Beklagten nachgesuchte Restitution mußte daher schon aus diesem Grunde wegen offenbaren Mangels an der erforderlichen Läsion abgeschlagen werden, ohne daß auf die Frage, ob eine causa restitutionis vorhanden sei, irgend näher eingegangen zu werden brauchte.

II. Die Hauptsache anlangend, hat der Beklagte in erster Instanz seine obige Einrede näher darauf gegründet, er habe an die dem Ehemanne der Klägerin, als Vertreter der Letzteren, bei den Verhandlungen über den Nachlaß des Moritz Strauß, in dieser seiner Eigenschaft, um ihn von Weiterungen abzuhalten, zugesagten besonderen Vortheile die doppelte Bedingung geknüpft, daß

1) der Ehemann dieses besondere Abkommen vor den übrigen Miterben (den beiden Brüdern des Beklagten und dessen Vater) geheim halte, und

2) die ihm, dem Ehemanne, in Folge dieses Abkommens ausgestellten beiden Wechsel nicht in Circulation setze,

und beide Bedingungen seien von dem Ehemanne nicht erfüllt worden.

Hier könnte nun

A. schon das Bedenken erhoben werden, ob, wenn die fraglichen Vortheile nicht der Klägerin als Miterbin, sondern, wie der Beklagte behauptet, dem Ehemann bewilligt worden, aus der Nichterfüllung der angeblichen Bedingungen der Klägerin überall eine Compensationseinrede opponirt werden konnte. Allein diese Frage durfte unerörtert bleiben, theils weil die Klägerin hieraus keinen Einwand hergenommen, sondern, wie sie selbst in dieser Instanz hervorhebt, sich auf die Einrede eingelassen hat, theils weil letztere

B. als eine materiell unbegründete sich darstellt.

Was nämlich zunächst

1) die Behauptung des Beklagten betrifft, daß der Ehemann der Klägerin von den ihm ausgestellten beiden Wechseln den einen, der vereinbarten Bedingung zuwider, in Circulation gesetzt habe, so kommt, selbst wenn dies gegründet sein sollte, hierauf jetzt nichts weiter an. Denn die Bezahlung dieses Wechsels hat am 1. Juli 1857 stattgefunden, und schon in dem früheren Prozesse mit dem Ehemanne der Klägerin hat der Beklagte auf die vertragswidrige

Begebung dieses Wechsels seine Einrede der Compensation mit gegründet. Da nun in dem Vergleiche vom 29. März 1858, welcher diesem früheren Prozesse ein Ende gemacht hat, durch die gegenseitige Verzichtleistung der Parteien auf alle Ansprüche aus der Nachlaßsache, mit Ausnahme der der jetzigen Klägerin zustehenden Forderung auf ihren Erbtheil, auch auf den aus der Begebung des Wechsels hergeleiteten Anspruch verzichtet ist, so kann der Beklagte darauf in dem gegenwärtigen Prozesse nicht weiter zurückkommen, wie er denn auch zu dieser Ueberzeugung in gegenwärtiger Instanz gelangt zu sein scheint.

Daher es kaum noch der Bemerkung bedarf, daß der Beklagte die Grundlosigkeit seines Einwandes durch seine in der Duplik enthaltene, durch den Wechsel bestätigte, Angabe, derselbe sei vom Dr. Grünebaum in Discont gegeben, selbst anerkannt hat.

2) Anlangend den zweiten Grund, daß der Ehemann der Klägerin die angebliche Bedingung, das Abkommen vor den Miterben geheim zu halten, nicht erfüllt habe, so hatte der Beklagte in dem früheren Prozesse mit dem Ehemanne diesen Grund für seine Compensations-Einrede insofern ebenfalls bereits geltend gemacht, als er behauptete, Dr. Grünebaum habe das Abkommen den beiden Brüdern des Beklagten offenbart. Nachdem nun aber durch den obgedachten Vergleich vom 29. März 1858 auf einen Anspruch hieraus jedenfalls verzichtet war, hat er in dem gegenwärtigen Prozesse seine Compensations-Einrede nur darauf gegründet, daß der Ehemann der Klägerin nach jenem Vergleiche es sich erlaubt habe, auch noch dem Vater des Beklagten, Lazarus Strauß, von dem gedachten Abkommen Mittheilung zu machen.

Das Stadtgericht hat diesen Einwand des Beklagten als rechtlich bedeutungslos aus dem Grunde verworfen, weil die frühere Mittheilung des Geheimnisses an die Brüder des Beklagten als indirecte Mittheilung auch an den Vater bereits die vollständige Nichterfüllung der Bedingung, den Miterben keine Mittheilung von dem fraglichen Abkommen zu machen, in sich schließe, und mithin der Beklagte, nachdem er auf seinen Anspruch wegen jener früheren Mittheilung an die Brüder in dem mehrgedachten Vergleiche ohne allen Vorbehalt verzichtet habe, aus der späteren Mittheilung an

den Vater nicht von Neuem denselben Einwand hernehmen könne. Und das Appellationsgericht hat diesen Grund ebenfalls deßhalb für entscheidend erachtet, weil der Beklagte nicht zu behaupten vermochte, daß er sich des Stillschweigens der Brüder gegen den Vater versichert habe, und es, wenn er dies unterlassen, weiter kein Interesse für ihn gehabt habe, daß der Vater das Abkommen durch den Ehemann der Klägerin nicht erfahre.

Handelte es sich nun hier von einer wahren Bedingung, so ließen sich gegen diesen Entscheidungsgrund der vorigen Richter allerdings Bedenken erheben, weil es bei einer solchen Bedingung rechtlich nicht darauf ankommt, ob Derjenige, welcher sie gestellt hat, ein Interesse an deren Erfüllung oder Nichterfüllung habe. Allein nach dem Vortrage des Beklagten, welcher in der Vernehmlassung angibt, er habe „an die dem Ehemanne der Klägerin gegebene Zusage die Bedingung geknüpft", und dieser habe seine gegebene feierliche Zusage mit seinem Ehrenwort bekräftigt, läßt sich die Sache nur so auffassen, daß nach der Behauptung des Beklagten der Ehemann der Klägerin gegen die ihm ertheilte Zusicherung besonderer Vortheile durch ein Gegenversprechen u. a. zur Geheimhaltung vor den Miterben sich verpflichtet habe. Wenigstens ist der Vortrag des Beklagten in dieser Beziehung nicht klar genug, um die Behauptung einer an eine eigentliche Bedingung geknüpften Zusage darin zu erblicken. Legt man aber dies zum Grunde, dann kommt es allerdings darauf an, ob der Beklagte, nachdem das fragliche Abkommen bereits seinen Brüdern durch den Ehemann der Klägerin war offenbart worden, nach Lage der Sache noch ein Interesse dabei hatte, daß dieser es selbst nicht noch seinem Vater mittheile, was mit den vorigen Richtern verneint werden mußte.

Wie wenig auch der Beklagte, nachdem seinen Brüdern das Abkommen eröffnet war, auf dessen Geheimhaltung vor seinem Vater noch ein Gewicht gelegt, hat er am klarsten dadurch kund gegeben, daß er kein Bedenken getragen hat, in seinem früheren Prozesse mit dem Ehemanne der Klägerin das Abkommen ohne Rückhalt zu propaliren, und es ferner nicht einmal für nöthig erachtet hat, dem im Vergleiche vom 29. März 1858 enthaltenen Verzichte auf seine Ansprüche wegen der vertragswidrigen Mittheilung an die Brüder einen

Vorbehalt beizufügen, für den Fall, daß der Ehemann der Klägerin auch noch dem Vater die gleiche Mittheilung machen würde.

Es konnte daher Alles, was der Beklagte in dieser Instanz darüber bemerkt, daß, selbst wenn sein Vater das Abkommen auch schon durch seine Brüder erfahren haben sollte, Beklagter gleichwohl an der Nichtmittheilung durch den Dr. Grünebaum wegen dessen persönlichen Einflusses auf den Vater ein Interesse gehabt habe, keine Berücksichtigung finden.

Sachregister.

A.

B.

C.

imputirenden Summen können auch nicht Behufs Constatirung *desjenigen* Betrags, von welchem der Pflichttheil zu berechnen ist, der Erbmasse *zugezählt* werden. 25.

Commission; der Einkaufs- und Verkaufs-Commissionär verliert diese Eigenschaft nicht durch die der Ausführungsanzeige beigefügte Bemerkung, Committent solle ihn als seinen Contrahenten betrachten; daher Berechtigung zum Provisionsabzug. 100. Der Verkaufscommissionär, welcher einen angenommenen Verkaufsauftrag nicht ausführt, obgleich das gesetzte Limitum zu erreichen war, ist zu Schadensersatz verpflichtet, wenn er nicht besondere Umstände nachweist, welche ihn von der Abschließung des Geschäfts abgehalten haben; Auslegung des gesetzten Limitums. 101 flg. 105. Fassung des dem Commissionär aufzuerlegenden Exculpationsbeweises 104.

Gültigkeit einer mit dem Betrieb des Commissionsgeschäftes sich schwer vereinigenden Usance; ob dieselbe nicht jedenfalls dem auswärtigen Contrahenten angezeigt werden muß? 106. Perfection des einem auswärtigen Commissionär gegebenen Verkaufsauftrags nach dem auswärtigen Rechte zu beurtheilen. 106. Der Verkaufscommissionär ist nach gemeinem Handelsrecht, abgesehen von wahren Nothfällen, nicht berechtigt einseitig zum Verkauf der Waaren Zwecks Befriedigung wegen gemachter Vorschüsse, Spesen 2c. zu schreiten. 139. Die Rechtmäßigkeit solcher Verkaufsselbsthülfe ist nicht nach dem Rechte am Ort des Commissionsvertrags-Abschlusses, sondern nach dem am Consignationsort geltenden Rechte zu beurtheilen. 140.

Bei Streit über die Höhe des Verkaufs-Limitums hat Committent die Beweislast. 145; der Commissionär dagegen berechtigt zu beweisen, daß durch den Verkauf unter dem Limitum dem Committenten kein Schaden erwachsen ist. 145. 150. Bei ordnungswidrigem Verkauf unter dem Limitum ist der Committent ohne Weiteres berechtigt, die Differenz des Mindererlöses an den Commissionär zu fordern. 149.

Beweiskraft der Bücher des Commissionärs. 137.

Compensation, Einrede der; Liquidität derselben bei Connexität nicht erforderlich. 129. 131.

Einrede der Compensation gegen die Forderung einer Ehefrau, wegen Gegenforderungen an deren Ehemann formell zugelassen, wegen freiwilliger Einlassung der Ehefrau. 430.

Der Beneficialerbe, welcher eine Forderung des Nachlasses einklagt, muß sich die Compensation mit einer Forderung an den Nachlaß gefallen lassen. 128. 131.

Concurs-Verfahren; der Contradictor ist nicht als der persönliche Repräsentant der Gläubiger und daher auch der von ihm gegen einen einzelnen Liquidanten geführte Proceß nicht ohne Weiteres als ein Proceß sämmtlicher übrigen Liquidanten gegen diesen einen Gläubiger anzusehen. 259.

Liquidanten vom Contradictor als Zeugen benannt in dem Processe gegen einen anderen Liquidanten; s. Zeugen.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

empfangene Waaren geleistete und dem Prinzipal nicht abgelieferte Vorschuß kann Letzterem gegenüber nicht zurückgefordert werden. 270. Der Prinzipal, welcher auf einer ihm direkt zugegangenen Proposition über Abschluß eines Agenturvertrags, durch seinen Reisenden Antwort ertheilen läßt, legitimirt Letzteren hierdurch noch nicht zum definitiven Abschluß des Geschäfts. 268. Wirkung des vom Prinzipale dolose oder culpose erregten Scheins einer vorhandenen weiter gehendenden Bevollmächtigung des Justitors. 268. Der dritte Contrahent verpflichtet sich über diese weiter gehende Bevollmächtigung zu vergewissern. 269.

Juramentum malitiae s. Eid.

Kauf. — Klage auf den Kaufpreis bestellter Maschinen; Einreden aus dem Fehlen der zugesagten Eigenschaften und wegen enormer Verletzung; Würdigung einer angeblichen Aeußerung des Klägers über die Werthlosigkeit der Maschinen (keine selbstständige Einrede, sondern nur Beweismittel) 60 folg. Das vor Bezug der bestellten Maschinen an den Verkäufer gerichtete Ersuchen des Käufers, ihn aus Billigkeitsgründen gegen Entschädigung vom Kaufe loszugeben, präjudicirt nicht dem Rechte des Käufers bei gerichtlicher Austragung der Sache, die in jenem Ersuchen nicht erwähnten Rechtsgründe für Rescission des Vertrags (laesio enormis, Mangel zugesicherter Eigenschaften) zur Geltung zu bringen. 61. 62.

Bei dem Verkauf von Waaren unter Creditirung der Kaufpreise geht das Eigenthum der Waaren auf den Käufer über, sobald derselbe die Waaren in Empfang genommen und über dieselben disponirt hat, ohne dabei constatiren zu lassen, daß er in einer andern Eigenschaft als der eines Käufers empfange und disponire. 339; diese Waaren können daher (selbst mit seinem Einverständniß) nicht von einem Dritten wegen Forderungen an den Verkäufer mit Arrest belegt werden. 340.

Verziehungspflicht des Kaufpreises im Waarenhandel. 411. 415. Bei Kauf mit verabredeter Zahlungsfrist tritt mit deren Ablauf die legale Zinsungspflicht des Käufers von selbst ein. 411. 415.

Kauf auf Lieferung; die Behauptung einer „inneren Unzertrennlichkeit" zweier gleichzeitig abgeschlossenen Fruchthändel (über Roggen und Hafer) für unbegründet erklärt. 123. Berechtigt der Verzug des Käufers in Zahlung für empfangene Theillieferung den Verkäufer, sich von der Verbindlichkeit zu weiteren Lieferungen loszusagen. 124. Erlöschungsclausel, deren Wirkung abgewendet durch die Aufforderung zum Bezug zwei Tage vor dem Stichtage, Realoblation nicht unbedingt erforderlich. 238. Indossirung des Schlußzettels über ein Lieferungsgeschäft Seitens des Käufers nur als Cession der bezüglichen Käuferrechte aufgefaßt; Delegation nur dann darin zu befinden, wenn der Verkäufer den Cessionar als seinen fortan alleinigen Schuldner ausdrücklich oder doch durch völlig concludente Handlungen anerkannt hat. 235.

L.

M.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Der Anwalt in Civilsachen verpflichtet über das, was er von seinem Clienten bei Gelegenheit der Rechtsverfolgung in Erfahrung gebracht, Zeugniß abzulegen, falls sein Client damit einverstanden; er ist dann classischer Zeuge. 284. 290; in Criminalsachen unbedingt verpflichtet zur Zeugenaussage über seinen früheren Clienten. 291.

Persönliche Eingenommenheit des Zeugen gegen den Probaten, Verdachtsgrund, muß aber näher begründet und erwiesen werden, 261; mittelbar am Ausgange des Processes betheiligte Personen sind nicht unbedingt zulässige Zeugen (259), zulässig, wenn das Interesse ein sehr entferntes, unbestimmtes oder geringfügiges ist. 260. 299. Liquidanten, in dem Prozesse des Contradictors gegen einen andern Liquidanten von dem Contradictor als Zeugen benannt, sind nicht unbedingt unzulässige Zeugen. 260. Der Bürge des Beklagten ist ein für den Einredebeweis unzulässiger Zeuge wegen seines unmittelbaren Interesses. 273; zulässig dagegen ist der Cedent des Klägers, insbes. auch für die Einrede der Simulation. 275. 277. Die Verübung eines Verbrechens, welches den Mangel aller Wahrheitsliebe oder völlige moralische Unwürdigkeit in entschiedener Weise bekundet, macht den Thäter zu einem völlig unglaubwürdigen Zeugen, z. B. ein durch die Größe des Objects oder durch die Art der Verübung qualificirter Betrug, 277; nicht rechtskräftige Verurtheilung oder anhängige Untersuchung wegen solcher Verbrechen macht den Zeugen nur verdächtig, 278, 281; daher Zulassung desselben, jedoch unter Vorbehalt aller Einreden einer etwa später erfolgenden rechtskräftigen Verurtheilung. 279. — Unfähige Zeugen, nach hies. Rechte ausnahmsweise zulässig, wenn der Mangel anderer Zeugen auf der besondern Natur der Verhältnisse beruht. 253. 275. Der Zeuge, welcher zwar an dem Ausgange des Prozesses unbetheiligt ist und der besondern Sachlage nach wegen eigener Verschuldung nicht in Anspruch genommen werden kann, welcher aber dieses bei seiner Bildungsstufe nicht wohl einsehen kann, ist nicht ganz unverdächtig, 334; desgl. nicht der Zeuge, welcher zwar nicht im Dienst, wohl aber in einem gewissen Abhängigkeits-Verhältniß zu dem Producenten steht (Fabrikarbeiter oder Portier der Fabrik zu dem technischen Director), 337; s. auch Appellation, Geständniß.

Zinsen; Schweigen des Beklagten über ein in der Klage behauptetes Recht auf gesetzliche Zinsen ist nicht präjudiciell und enthält kein Zugeständniß. 410.

Verzinsungspflicht des Käufers im Waarenhandel, 411. 415: s. auch Kauf.

Zoll-Defraudation. Die contoberechtigte Handlung, welche für Rechnung anderer Firmen zollpflichtige Waaren durch ihr Conto kaufen läßt, macht sich einer Ordnungswidrigkeit, nicht aber eines Mißbrauchs der Contobefugniß, also auch keiner Zolldefraudation schuldig. 34 flg. Die Contisten sind nicht verpflichtet, die auf ihr Conto eingeschriebenen Waaren unverrückt auf ihrem Lager zu halten, vielmehr berechtigt einzelne Partieen einem andern Handelsmanne anzuvertrauen, 38. 40; gleiches gilt bezüglich der für Rechnung einer andern Firma durch das Conto laufenden Waaren. 40.

*

Der Contist, welcher bereits verzollte Waaren einer andern Firma, gleich als stammten sie von seinem eigenen (contirten) Lager, ausführt, macht sich einer Zolldefraudation schuldig; desgl. die andere Firma. 42.

Stricte Berechnung der Verjährungsfrist für Zolldefraudationen. 44.

Gegen jeden einzelnen Theilhaber einer Handlung ist nur dann die volle Strafe zu erkennen, wenn complottmäßige Verübung, oder wenigstens die Miturheberschaft jedes Theilhabers bei jeder einzelnen Defraudation erwiesen ist, 45. 46. 51; dagegen die Verurtheilung einer Firma als solcher zuläßig. 47.

Der Theilnehmer an einem Verbrechen, welches für den andern Theilnehmer wegen persönlicher Verhältnisse ein qualificirtes ist, unterliegt deshalb für sich nicht den Strafen des qualificirten Verbrechens. 47.

Bei Berechnung der von dem Defraudanten loco confiscationis zu erlegenden Summe ist der Facturawerth der der Confiscation entzogenen Waaren maßgebend. 48. 49.